Statische und dynamische Rechtsbetrachtung.

Leitsatz: Leben bedeutet Vielheit, Recht bedeutet Leben!

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Paul Baender.

1929

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.G., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Wegner.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt: *Einführung.*

1. Kapitel: Die Rechtskrise als Teil der abendländischen Kulturkrise. . 1

2. Kapitel: Die Bedeutung der Gegenwartskrise als ein Uebergang von statischer zur dynamischen Einstellung. 5

Teil 1: Substanzbegriff — Funktionsbegriff. 6

Teil 2: Individuum — Gemeinschaft. 9

Teil 3: Ideengeschichtliche Herkunft beider Einstellungen . . . 15

Vorbemerkung zum 2. und 3. Abschnitt. 17

Zweiter Abschnitt: *Die statische Rechtsbetrachtung.*

3. Kapitel: Wie faßt der junge Wilhelm von Humboldt den Staat auf? 17

4. Kapitel: Vom Zweckmäßigen, dem Grundgedanken des Iheringschen Hauptwerkes. 10

5. Kapitel: Die mechanistische Methode. 22

6. Kapitel: Kelsen. 24

Dritter Abschnitt: *Die dynamische Rechtsbetrachtung.*

7. Kapitel: Der Begriff „Integration". 31

8. Kapitel: Ueber den Sinngehalt des Faschismus. 38

9. Kapitel: Der dynamische Rechtsbegriff und die Bedeutung dynamischer Einstellung für die Rechtspraxis. 41

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0091

Literaturverzeichnis.

Beling: Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Augsburg, 1923.

— Revolution und Recht, Augsburg, 1923.

Bendix: Die Rechtsanwendung: Statisch-rational? oder dynamisch-irrational?, im Berliner Anwaltsblatt, Berlin, Jahrg. II, Heft 10, Oktober 1928. (Bendix).

— Kritische Betrachtungen zum arbeitsgerichtlichen Verfahren, im Berliner Anwaltsblatt, Berlin, Jahrg. II, Heft 3, März 1928. (Bendix, Heft 3).

Bernhard, Ludwig: Das System Mussolini, Berlin, 1924.

Binder: Philosophie des Rechts, Berlin, 1925.

Binders Besprechung von Hugo Fischers Abhandlung „Hegels Methode in ihrer ideengeschichtlichen Notwendigkeit", im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 22. Bd., Heft 2, Januar 1929. (Binder, Archiv).

Boehm, M. H.: Nationalstaatsideologie und Nationalitätenfrage, in Rundbriefe $^4/_5$ des Instituts für Grenz- und Auslandstudien (Oktober/November 1926).

Bott-Bodenhausen: Formatives und funktionales Recht in der gegenwärtigen Kulturkrisis, Berlin, 1926.

Cassirer, Ernst: Substanzbegriff und Funktionsbegriff, Berlin, 1923.

Eisler: Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Berlin, 1. Bd., 1927, 2. Bd., 1910.

Eucken: Die Träger des deutschen Idealismus, Berlin, 1919.

Falckenberg: Geschichte der neueren Philosophie, 9. Aufl., (verbessert und ergänzt von Prof. von Aster), Berlin und Leipzig, 1927.

Fehr: Recht und Wirklichkeit, Potsdam und Zürich, 1927.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeb. von Stier-Somlo-Elster, 5. Bd., 1928.

Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, neu herausgegeben von H. Glockner, Stuttgart, 1928.

Helfritz: Allgemeines Staatsrecht, Berlin, 1928.
Holstein: Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft, im Archiv des öffentl. Rechts, Neue Folge, 11. Bd.
Humboldt, Wilhelm von: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Reclam, Leipzig, (Ideen).
Ihering, von: Der Kampf um's Recht, Wien, 1921, Manzsche Buchhandlung. (Kampf um's Recht).
— Der Zweck im Recht, Leipzig, 1. Bd., 2. Aufl., 1884, (Ihering).
Jerusalem: Das Problem der Methode in der Staatslehre, im Archiv des öffentl. Rechts, Neue Folge, 15. Bd., 2.—3. Heft (Dezember 1928).
Joel: Die Ueberwindung des 19. Jahrhunderts im Denken der Gegenwart, in Kant-Studien, 32. Bd., Berlin, 1927, S. 475 ff.
Kaehler: Wilhelm von Humboldt und der Staat, München und Berlin, 1927.
Kant: Kritik der praktischen Vernunft, Reclam, Leipzig, (Beschluß).
Kaufmann, E.: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, Tübingen, 1921.
Kelsen: Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, (Staatsl.),
— Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen, 1922, (Staatsbegr.).
— Vom Wesen und Wert der Demokratie, im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen, 47. Bd., 1920/21. (Kelsen, Archiv).
Koellreutter: Die Staatslehre Oswald Spenglers, Jena, 1924.
Krabbe: Die moderne Staatsidee, Haag, 1919.
Leibholz: Zu den Problemen des fascistischen Verfassungsrechts, Berlin und Leipzig, 1928.
Litt: Individuum und Gemeinschaft, Leipzig und Berlin, 1919 (Litt[1]) und 1924 (Litt[2]).
Mann, Thomas: Betrachtungen eines Unpolitischen, Berlin, 1919.
Marck: Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen, 1925.
Meinecke: Die Idee der Staatsräson, München und Berlin, 1924. (Staatsräson).
— Weltbürgertum und Nationalstaat, München und Berlin, 1922 (Meinecke).

Sanctis, Dr. Valerio de: Das Recht der Kartelle und anderen Unternehmenzusammenfassungen in Italien, Berlin, 1928, herausgegeb. von Isay.
Sauer: Die Wirklichkeit des Rechts, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Berlin, 1928, 22. Bd., Heft 1 (Sauer, Archiv).
— Uebersicht über die gegenwärtigen Richtungen in der deutschen Rechtsphilosophie, Berlin, 1924, (Sauer, Uebersicht).
Smend: Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig, 1928.
Spann: Der wahre Staat, Leipzig, 1921.
Spengler: Der Untergang des Abendlandes, München, 1924, 1. und 2. Bd.
Schmidt: Philosophisches Wörterbuch, Kröners Taschenausgabe, Leipzig, 1922.
Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig, 1922, 3. Aufl., 1928.
Tatarin-Tarnheyden: Integrationslehre und Staatsrecht, in Zeitschrift f. d. ges. Staatsw., 85. Bd., 1928, 1. Heft.
Troeltsch: Der Historismus und seine Probleme, Erstes Buch, Tübingen, 1922.
Fr. Ueberwegs Grundriß der Geschichte der Philosophie, 4. Teil, völlig neu bearbeitet von Oesterreich, Berlin, 1923, (Oesterreich).
Walz: Eine neue publizistische Rechtstheorie, in Ztschr. f. öffentl. Recht, Wien und Berlin, 1928, Bd. VIII, Heft 1.
Weber, Max: Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in Weber, Gesammelte politische Schriften, München, 1921.
Wegner: Jugendrecht, Berlin und Leipzig, 1929. (Wegner, Jugendrecht).
ders.: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, Hamburg, 1925. (Wegner).
Wegners: Besprechung von Ottokar Tesars Buch: „Die Ueberwindung des Naturrechts in der Dogmatik des Strafrechts", in der Juristischen Wochenschrift 1929, S. 1454/1455. (Wegner, JW.).
Windelband: Einleitung in die Philosophie, Tübingen, 1920.

Erster Abschnitt:

Einführung.

1. Kapitel:

Die Rechtskrise als Teil der abendländischen Kulturkrise.

Menschen sterben, Menschen entstehen, Erneuerndes Kommen und Gehen hallt durch den Zeitenraum. — Abermals leben wir in einer Uebergangszeit, die von Widersprüchen erfüllt ist, und unser Erkenntnisstreben steht vor der Aufgabe, das neue Werden in seinem Wesen und seinen inneren Voraussetzungen zu ergründen; denn der Mensch muß die Gegenwart begreifen lernen, wenn er in ihr und damit für die Zukunft schaffen und wirken will.

Am auffälligsten zeigt sich die abendländische Kulturkrisis im europäischen Rechts-, insbesondere Verfassungsleben, wo gewaltige Umbildungen stattfinden. Das bisher herrschende Dogma der liberalen Demokratie ist durch die neuen Staatsformen Bolschewismus und Faschismus beträchtlich erschüttert. Wir müssen uns fragen, ob die immer mehr Anklang findenden Neubildungen sich durchsetzen und die alten Sachgehalte überwinden werden. Der neue Staat soll sich wieder um alles kümmern, eine bis ins einzelne gehende Lebensregelung geben. Liegt dieser durch Aussprüche des Staates geschaffenen, umfassenden Regelung eine neue Deutung des Verhältnisses zwischen Individuum und Gemeinschaft zugrunde? — Auch in der Rechtslehre — nicht nur in Deutschland — ist die Wegwende aufweisbar. Die Staatsrechtswissenschaft sucht eine Verbindung mit anderen Wissenschaftsgebieten und sagt sich damit von Laband los.[1] Auf der 4. Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer wies E. Kaufmann in seinem Referat darauf hin, daß hinter dem positiven Recht „nicht minder real" eine überpositive, höhere Ordnung steht, zu deren Erkenntnis unser Rechtsdenken vordringen muß.[2] Dem positivistischen Begriffs-

1) Ueber die Krisis der Staatslehre, vgl. auch Jerusalem, S. 161 ff.
2) Holstein, S. 29.

formalismus, der die Rechtsüberzeugung aus der Rechtssatzung gewinnen will, tritt eine Methode entgegen, welche aus der gegebenen, innigen Verknüpfung von Recht und Gesamtkultur ihre Ergebnisse herleitet und die „reine" Rechtslehre Kelsens als lebensfremd verwirft. Der gelehrte Stand ist eben nicht so weltfremd, so rein rational eingestellt, wie es Spengler[3] wahr haben will. Gegen die rationalische Rechtslehre erhebt sich eine neue Richtung, die wieder an Irrationales, an seelische Mächte, an das Intuitive, an das unmittelbare Erleben der Lebenszusammenhänge glaubt. Selbst in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, diesem angeblichen „rationalistischen Planstaat", ist eine von solchem lebensfrischen Geiste erfüllte Rechtstheorie entstanden.[4]

Die Rechtskrise ist nur aus der geistesgeschichtlichen Lage der Gegenwart zu verstehen. Ein Ringen zwischen Altem und Neuem kennzeichnet die Gegenwart. Doch das sieghafte neue Werden vernichtet nicht bloß: es ist „ein Bewahren im Ueberbauen".[5] Es sei hier dahingestellt, ob das Umwandeln und das Wanken bisheriger Grundlagen auf eine Ueberwindung des 19. Jahrhunderts (Joël) oder vielmehr auf eine Ueberwindung der Neuzeit (Spengler, Bott, Spann) abzielt! — Das vergangene Jahrhundert ging vom Besonderen zum Allgemeinen, zum Entwickeln von Gesetzmäßigkeiten über. Frühidealismus und Spätpositivismus, diese scheinbar unüberbrückbaren Richtungsgegensätze, wollten beide allgemeine Zusammenhänge entdecken, die einen im Organismus, die anderen im Mechanismus.[6] Dem Individualismus folgte der Massenkult. (Fabriken, Börsen, Bahnhöfe, Weltausstellungen, Aktiengesellschaften.) „Es friert sie, wenn sie nicht zu Tausenden zusammen sind".[7] Nicht, als ob nunmehr die Masse als Quelle betrachtet wurde, aus der alles geistige Leben fließt. Die Masse war im Gegenteil das Leblose, Starre, eine Sache. Der Staat wurde versachlicht '— objektiviert — in Organisation, „in Bürokratie und Repräsentativverfassung".[8] Hier liegt m. E. die erste Entwicklungsstufe zum Grundgedanken der Wiener Schule. Der Staat, des Eigendaseins beraubt, konnte so allmählich zum nichtssagenden „Sche-

3) II., S. 95.
4) Walz, S. 51.
5) Joël, S. 475.
6) Joël, S. 480.
7) Worte Burckhardts, zitiert bei Joël, S. 479.
8) Joël, S. 480.

ma"[9] degradiert werden. Wie die Wiedergabe der Smendschen Lehre zeigen wird, findet unsere Zeit ihre Aufgabe in der Beseelung der Masse. Der von der Unabhängigkeit des freien Individuums ausgehende Liberalismus wird im 19. Jahrhundert, das umfassende Bindungen bevorzugt, mit dem nationalen Einheitsgedanken verschmolzen.[10] Ueberall sucht jene Zeit statt Vielheit Einheit. Auf dem Grundsatz der Einheit beruht auch das Mehrheitsprinzip des Parlamentarismus. Dem Eigentümlichen, Besonderen wird kein Wert beigemessen; nur graduelle, zahlenmäßige Unterschiede werden anerkannt.[11] Abkehr der Gegenwart? Denken wir an die Worte Othmar Spanns: „Gleichheit unter Gleichen. Unterordnung des geistig Niederen unter das geistig Höhere. — Das sind die Baugesetze des wahren Staates";[12] denken wir auch an die politischen Auswirkungen, die das erstarkende Ideal geistigen Führertums im Auslande zeitigt! Die Antwort steht dann unzweifelhaft fest. — Trotz des Strebens nach Vereinheitlichung ist im 19. Jahrhundert kein strenger Monismus entstanden. Die Polarität von Natur und Geist ließ sich nicht ausschalten. Für die Erfahrungsinhalte, wurde eine absolute Grundlage gesucht, eine von jeder Erfahrung unabhängige Sphäre.[13] So wurde Mitte des 19. Jahrhunderts Kant „rezepiert".[14] Aber die neukantische Bewegung faßte die Kantsche „rationale apriorische Gesetzlichkeit als eine formale".[15] Die Philosophie sollte sich in der Aufgabe erschöpfen, die formalen Voraussetzungen der Spezialwissenschaften zu schaffen, d. h. der Erfahrungswelt einen Rückhalt durch eine transzendente Welt zu geben.[16] Nur die Erkenntnisart sollte festgestellt werden; alle Metaphysik im vorkantischen Sinne, d. h. die Erkenntnis der Gegenstände jenseits der Erfahrung, wurde abgelehnt.[17] Der abstrakte Formalismus dieser neukantischen Philosophie, die das Erlebbare, das Anschauliche unbeachtete, birgt in sich die Gefahr der Inhaltslehre. „Aushöhlung und Entleerung alles Lebendigen ist das letzte Wort."[18] Die abstrakten Formen schweben so hoch über der (Seins-) Wirklichkeit, daß sie ihr keinen Rückhalt geben können. Die Untersuchung des

9) Vgl. Kelsen, Staatsbegr., S. 214.
10) Joël, S. 478.
11) Joël, S. 479.
12) Der wahre Staat, S. 185.
13) Kaufmann, S. 6.
14) Vgl. Kaufmann, S. 5.
15) a.a.O., S. 6.
16) a.a.O., S. 6, 7.
17) Vgl. Schmidt, S. 193, „Metaphysik".
18) Kaufmann, S. 100.

Kelsenschen Neukantianismus wird zeigen, wie unhaltbar ein solches Auseinanderfallen von Sollen und Sein ist. Die Gegenwart ist bereit, den Gegensatz von Sollen und Sein und dessen Folgen, „die ausschließende Alternative von Kausal- und Normwissenschaft"[19] zu überwinden. Man hat erkannt, daß das Leben selbst schon ein Wert ist.[20]

Doch frage ich mich: wenn soviel werthaft ist, — was können wir dann ablehnen, was anerkennen? Es gibt für mich eine letzte, höchste Instanz: das Gefühl.

Im vergangenen Jahrhundert verlor der Mensch — wider seinen Willen — immer mehr an innerem Wert. Kant hatte zu dieser Entwicklung den Keim gelegt. Im Beschluß der praktischen Vernunft heißt es: „Der Anblick einer zahllosen Weltenmenge vernichtet gleichsam meine Wichtigkeit, als eines tierischen Geschöpfs."[21] Hier liegt m. E. der Anfang einer Minderwertung, die ungeachtet des moralischen Gesetzes und der Großtaten menschlichen Geistes, die gerade in der folgenden Zeit sich ereigneten, weit weg von allem Himmelstürmenden, Gottgleichen führt.[22] So reiht Darwin den Menschen dem Tierreich ein. So betrachtet ihn Nietzsche nur als wertendes Tier.[23] Der Mensch wird nivelliert in der Masse. Das Genie, der Wegbereiter zu höherem Menschentum, wird verkannt, bis zur Uebersteigerung Friedrich Engels hin, der das Genie als Fluch der Menschheit bezeichnet.[24] Welcher Abgrund gegenüber dem stolzen Prometheuswort: „Hier sitz' ich, forme Menschen nach meinem Bilde"! Der Positivismus erniedrigt den Menschen zum bloßen Produkt von Natur und Gesellschaft, „zum Massen-, Rassen- und Klassenwesen",[25] eine Einseitigkeit, welche die Menschen unserer Tage noch in Bann hält. Man denke nur an das Unheil, das das Begriffspaar: Semitismus — Antisemitismus, das Worte, wie „Proletariat", „Klassenjustiz", „Klassenstaat" in vielen Köpfen angerichtet haben! Menschenwert ging so in Massenwert auf. Der Gleichheitsgedanke der französischen Revolution tat sein übriges, um den geistig Höheren der Masse einzuebnen. „Nietzsche und sein Stiefelputzer haben die gleiche Stimme."[26] Das Recht

19) Vgl. Smend, S. 2, Anm. 2.
20) Joël, S. 516, 494.
21) Kant, S. 194.
22) Vgl. auch Wegner, Jugendrecht, S. 211.
23) Joël, S. 516.
24) Joël, S. 481.
25) a.a.O., S. 494.
26) Spann, S. 108.

war im vergangenen Jahrhundert und bis in unsere Tage im Grunnde nur eine Schranke für diese Menschenherde, die ein Gatter nötig hat. Wie unwürdig ist eine derartige Auffassung angesichts dessen, was Menschen vollbracht haben! Aufgabe der Gegenwart ist, überall wieder die Vielheit, die unendliche Variation des Lebens und seiner Kräfte zu sehen. Fort mit einer „absolut bindenden mathematischen Weltformel"![27] Leben bedeutet Vielheit, Recht bedeutet Leben!

2. Kapitel:

Die Deutung der Gegenwartskrise als ein Uebergang von statischer zur dynamischen Einstellung.

Im einleitenden Kapitel wurde versucht, die kennzeichnendsten Merkmale der Krise, der alle Kulturgebilde, auch das Recht, ausgesetzt sind, nachzuweisen. Doch menschlicher Geist begnügt sich nicht mit bloßer erfahrungswissenschaftlicher Feststellung. Die erkenntnistheoretische Grundlegung ist seit Kants Kritizismus bei wissenschaftlicher Arbeit unentbehrlich.[28]

Unsere Erkenntnis bleibt jedoch immer in den Grenzen unserer Einstellung, die wir dem Weltbild gegenüber haben, eingeschlossen. Diese Grundeinstellung ist wandelbar, durch zeitliche Umstände bestimmt. Menschen des einen Zeitalters erfassen von ihrer inneren Struktur aus, und die später Kommenden erleben von anderem „Gestaltungsmittelpunkte", von anderer Einstellung, her.[29] Und wenn im folgenden behauptet wird, daß der Gegenwartsmensch von der statischen zur dynamischen Welteinstellung übergeht, so soll damit nicht etwa dargetan sein, daß jede Anschauungsweise, die dieser neuen Einstellung nicht entspricht, verkehrt und unsinnig ist. Sie kann anders sein, auf ein anderes „Bezugssystem" zurückgehen.[30] Beispielsweise ist der Standpunkt der liberalistischen Rechtsauffassung, dem Einzelnen möglichst viel Selbständigkeit und Freiheit zu lassen, ebenso sinnvoll wie der der Faschisten, alles der Totalität des Staates unterzuordnen. Beide setzen nur verschiedene „Lebenszentren" voraus. — Wie sind statische Einstellung und dynamische Einstellung beschaffen?

27) Vgl. Joël, S. 481.
28) Vgl. Tatarin-Tarnheyden, S. 14.
29) Vgl. Bott, S. 3.
30) Vgl. Bott, S. 1 f.

Teil 1:

Substanzbegriff — Funktionsbegriff.

Auf der 5. Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer wurde die „räumlich-statische“[31] Lehre von den drei Elementen: Volk, Gebiet, Staatsgewalt, den drei Merkmalen des Staatsbegriffs, von vielen Teilnehmern abgelehnt.[32] Diese veraltete Lehre hatte bereits Kelsen angegriffen, weil sie den Staat als ein „konglomeratartig“ zusammengesetztes körperliches Ding auffasse.[33]

Die Zerlegung des Staatsbegriffes in drei Elemente aus einer substantiellen Auffassung der Begriffe. Nach Aristotelischer Logik werden aus einer Gesamtheit von Gegenständen deren gemeinsame Merkmale herausgesucht und isoliert. Die noch heute herrschende Begriffstheorie lehrt: „Jede Reihe vergleichbarer Objekte besitzt einen höchsten Gattungsbegriff.[34] So gelangen wir zu oberen Begriffen, die eine immer abnehmendere Zahl von Merkmalen enthalten, d. h. immer inhaltsleerer werden. Die oberste abstrakte Vorstellung bildet das „Etwas“, mit der einzigen Eigenschaft, keine „spezifische Bedeutung“ zu haben,[35] sondern Ausgangspunkt oder letzte Gemeinsamkeit aller Denkinhalte zu sein.

Der Substanzbegriff beruht auf statischer Denkweise. Man geht niemals vom Wandelnden aus, sondern vom Ruhenden, Beharrenden, von Körpern und Lagen. Alle Veränderung ist danach auf etwas Festes, auf eine Ur-Sache zurückzuführen.[36] Man zerlegt das Sein in Lagen, in eine Innen- und Außenwelt, ohne daß eine solche räumliche Gegenüberstellung der unmittelbaren Erfahrung entstammt.[37]

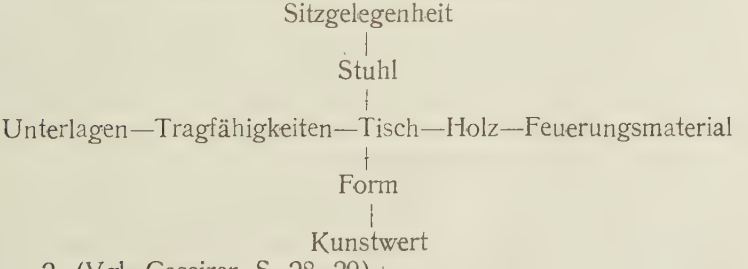
In der Gegenwart gelangt man allmählich zur funktionalen Auffassung der Begriffe. Cassirer lehrt in seinem grundlegenden Werk „Substanzbegriff und Funktionsbegriff“, daß alle Begriffsbildung aus „Verknüpfung“, aus Reihenbildung hervorgeht,[38] eine Lehre, die auch unter Juristen eine zunehmende Anhängerschaft gewinnt, beispielsweise Kelsen,[39] Sauer,[40] Smend.

31) Smend, S. 9.
32) Tatarin-Tarnheyden, S. 2.
33) Kelsen, Staatsl., S. 95.
34) Cassirer, S. 6.
35) Cassirer, S. 7.
36) Bott, S. 18.
37) Cassirer, S. 360, 363.
38) Oesterreich, S. 443; Cassirer, S. 394.
39) Staatsbegr., S. 211, 212.
40) Archiv, S. 26.

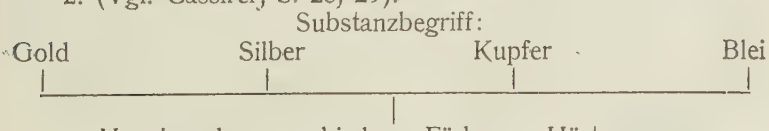
Die neue Lehre erblickt im Begriff nur dann den Gedanken von der Wesenheit eines Dinges, wenn sein Inhalt nach den verschiedensten Richtungen mit den Inhalten anderer Begriffe irgendwie zusammenhängt. Der allgemeine Begriff ist inhaltsreicher. „So können wir von einer allgemeinen mathematischen Formel — etwa von der Formel der Kurven zweiter Ordnung — zu den speziellen geometrischen Gebilden des Kreises, der Ellipse usw. gelangen, indem wir einen bestimmten Parameter, der in ihr auftritt, als veränderlich betrachten und ihn eine stetige Reihe von Größenwerten durchlaufen lassen."[41] Diesen mathematischen Begriff bezeichnet Cassirer als echten, wissenschaftlichen Begriff. Durch Einsetzung von Variablen gelangen wir zur Reihe. Zwischen den Reihengliedern bestehen Relationen, funktionale Beziehungen.[42] Die Variable wird nach der Formel $y = f(x)$ gebildet. So erscheint je nach der Beurteilungsrichtung dieselbe Gestalt in verschiedenen Vorstellungen. „Das Denken ist diskursiv, nicht gegenständlich."[43] So ruht das Schwergewicht der Bestimmung nicht mehr auf den Dingen, sondern auf Beziehungen, Kräften und Wirkungen.

Die beiden folgenden Beispiele sollen dazu dienen, auf konkrete Weise die funktionale Begriffsauffassung klarzulegen.

1. Dem Werke Botts (S. 27) entnommen.



2. (Vgl. Cassirer, S. 28, 29).



41) Cassirer, S. 25.
42) Eisler, S. 450: Funktion.
43) Bott, S. 28.

Dagegen führen die gemeinsamen Merkmale zum Oberbegriff:

Metall
(größer an Umfang, aber inhaltsleer).

Funktionsbegriff:

Metall (a_{xy}:
x (Färbung usw.) und y (Härte usw.) sind Variable.

xy:	$a_{x_1y_1}$	$a_{x_2y_2}$	$a_{x_3y_3}$	$a_{x_4y_4}$
	Gold	Silber	Kupfer	Blei

Der Funktionsbegriff beruht auf dynamischer Denkweise. Unser modernes Denken zieht einer räumlichen Lagenordnung die funktionale Beziehungsordnung vor.[44] Da man aber die Vielheit von Standpunkten berücksichtigt, läßt man den räumlichen Gegensatz Subjektiv-Objektiv als bedingt-mögliche Einteilung fortbestehen. So ist z. B. die sinnliche Wahrnehmung, etwa der Anblick eines im Wasser gebrochenen Stabes, gegenüber dem Traum etwas Objektives, gegenüber der exakten Physik etwas Subjektives. Dynamische Einstellung sieht in dem Unterschied von „Innen" und „Außen" nur „eine Beziehung, die zwischen dem relativ engeren und dem relativ weiteren Erfahrungskreis — besteht."[45] Sie erkennt das Subjektive nur als Grad der Objektivität an.[46] — Dynamische Einstellung kehrt Sein und Sollen einander zu, verbindet das „Ist" eines Begriffsinhaltes mit seiner Bedeutung.[47] Sie möchten nicht bloß die Wirklichkeit feststellen, sondern sie erleben, begreifen.[48] Von solcher Auffassung geht m. E. auch Smend aus, wenn er sagt: „Er (der Staat[49]) lebt — von einem Plebiszit, das sich jeden Tag wiederholt."[50] Auf die Verknüpfung von beständigem Werden und seiner Bedeutung, dem Wirken, auf die Wirklichkeit „einer dauernden geistigen Bewältigung und Weiterbildung"[51] will Smend hinweisen. Er will nicht „statisch

44) Spengler, I., S. 388.
45) Cassirer, S. 365; vgl. Walz, S. 34, 37.
46) Cassirer, S. 365.
47) Vgl. Cassirer, S. 32; Bott, S. 29; Seite 4 dieser Arbeit.
48) Vgl. Bott, S. 27.
49) Vom Verfasser eingefügt.
50) Smend, S. 18.
51) a.a.O.

daseiende Substanzen" feststellen, sondern „die Sinneinheit reellen geistigen Lebens" erleben.[52]

Die dynamische Auffassung, die so die Wirklichkeit, das Sein, in Verknüpfungen, anstatt in Lagegliederungen einteilt, gibt nicht etwa das Ergründen der Wesenseinheiten, die hinter unseren Begriffen ruhen, preis.[53] Auch der dynamisch eingestellte Mensch will das All-Eine, die Welt, in der Stoffliches und Geistiges wirklich vorhanden sind, erforschen. Die Bevorzugung dynamischer Elemente, des Intuitiven, Irrationalen, dürfte m. E. vielleicht eher zur Erkenntnis der an sich seienden Welt führen, wie es beispielsweise ein Aufsatz Wegner's beweist.[54] Denn eine solche Auffassung führt leichter über das Begriffliche, das nur die Erscheinung der Dinge dartut, hinweg zur Erkenntnis des wirklichen Wesens der Dinge.[55] Ein völliges Leugnen der Substanz ist absurd. „Die Einheit der Bestimmungen, welche das Ding oder die Substanz bedeuten soll, kann nicht bloß ein zufälliges Nebeneinander sein, sondern sie wird als der Grund für die Verbindung des Mannigfaltigen gedacht."[56] Wegner zeigt, daß diejenigen, die verneinen, daß hinter ihren auf rein logische Weise erlangten Erkenntnissen ein zugrunde liegendes sachliches Moment stecke, nicht etwa die Substanz als solche leugnen, sondern nur eine „von der materiellen Wirklichkeit verschiedene geistige Wirklichkeit".[57] Unserer Vorstellung von der Substanz muß eine wirklich vorhandene Substanz entsprechen.[58] Das ist allerdings, wie Wegner mit Recht bemerkt, ein unbeweisbarer Glaube, eine Weltanschauungsfrage.[59]

Teil 2:
Individuum — Gemeinschaft.

Der Uebergang zur dynamischen Einstellung zeigt sich besonders in der phänomenologischen Grundlegung, welche die Polarität von Individuum und Gemeinschaft gegenwärtig erfährt. Diese Polarität ist für die Rechtslehre, insbesondere für die Frage der juristischen Persönlichkeit, der Rechtsverbände und für den Staatsbegriff von jeher wichtig. In der Rechts-

52) Vgl. Smend, S. 18.
53) Wegner, JW., S. 1455, 1. Spalte.
54) Vgl. Wegner, JW., S. 1454/1455.
55) Vgl. Binder, S. 22.
56) Windelband, S. 72.
57) Wegner, JW., S. 1455, 1 Spalte.
58) Vgl. Windelband, S. 71, 72, 73.
59) Wegner, JW., S. 1455, 2. Spalte.

politik bekämpfen sich seit langem zwei entgegengesetzte Richtungen, eine individualistische und eine universalistische, die beide die Stellung des Einzelnen zum Recht und zum Staat zu lösen versuchen.[60] Die dynamische Einstellung überwindet diesen Gegensatz. Nicht, als ob sie die Probleme, um die es sich handelt, löst. Echte Probleme lassen sich nicht lösen, nur „auslöschen".[61]

Die bisher noch herrschende Denkweise gibt auf die Frage nach dem Verhältnis von Einzelmensch zur Gesamtheit zwei Grundantworten.

Entweder betrachtet sie den Menschen als maßgebendes Prinzip. Dann sind folgerichtig Gesellschaft, Staat bloße Zusammenhänge (Konglomerate!) aus Einzelnen, die als geistig für sich seiend (autark) gedacht werden. Autarkie bedeutet: „Die Substanz des Geistigen ist aus der Tiefe meines Wesens herausgeholt."[62] Nur im Aeußeren sind nach dieser Ansicht die Menschen aufeinander angewiesen. Allerdings mußte sich Robinson auch äußerlich auf sich verlassen; aber das ist nicht das Wesentliche. Der Individualismus sieht den Geist im Menschen als eine Selbstschöpfung des Individuums an. Die Gesellschaft hat als Gesamtheit danach keine eigene Wirklichkeit. Wirklich sind nur die Individuen, deren Summe Gesellschaft heißt.[63] Die Summe von Menschen ist nach strengindividualistischer Ansicht nur Kulturfeindliches, Triebhaftes.[64] Die Summe (= Herde) trägt nichts zur Gestaltung überragender Persönlichkeiten bei. Die Einrichtung des Rechts, welches für die Gemeinschaft besteht, ist danach ein Schutzmittel, eine technische Notwendigkeit, welche die Herde zwingt, sichere Bahnen einzuhalten. Und da das Dogma des isolierten, autarken Individuums auch der Rechtsauffassung zugrunde gelegt wird, erfaßt die noch heutigentags individualistisch gefärbte Rechtslehre das Wesen des Rechts nach psychologischer Methode.[65] M. E. mißt der Individualismus wegen der ihm eigenen Scheidung von Körper und Seele der Psychologie eine so große Bedeutung zu. Zur psychologischen Problemstellung gehört gerade die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Seele und dem

60) Handwörterbuch, S. 586; vgl. Binder, S. 282 ff.
61) Bott, S. 163.
62) Spann, S. 14.
63) Vgl. Spann, S. 17.
64) Bott, S. 35.
65) Vgl. Walz, S. 36.
66) Bott, S. 20.

Leibe, diese Frage, von deren Lösung die Erfassung des Geistigen abhängt.

Reinem Individualismus entspringen Hölderlins Worte:

„Er (der Staat[66]) darf nicht fordern, was er nicht erzwingen kann. Was aber die Liebe gibt und der Geist, das läßt sich nicht erzwingen. Das laß' er unangetastet, oder man nehme sein Gesetz und schlag' es an den Pranger! Beim Himmel! der weiß nicht, was er sündigt, der den Staat zur Sittenschule machen will. Immerhin hat das den Staat zur Hölle gemacht, daß ihn der Mensch zu seinem Himmel machen wollte.

Die rauhe Hülse um den Kern des Lebens und nichts weiter ist der Staat. Er ist die Mauer um den Garten menschlicher Früchte und Blumen." (Hyperion, 1. Teil, Erstes Buch).

Unter den verschiedenen individualistischen Typen gibt es zwei, deren Ideengehalte in der individualistischen Rechtsauffassung besonders vertreten sind: Liberalismus und Demokratie. Beide unterscheiden sich nur dem Grade nach; die Demokratie ist die radikalere, republikanische Ausprägung des Liberalismus. Nach liberaler Anschauung sollen alle Einzelnen gleiche Freiheit genießen. „Jedes Glied der Gesellschaft gilt als gleiches Atom."[68] Der Freiheitsbegriff ist negativ bestimmt. Die geistige Entwicklung des Individuums soll „nicht" gehemmt werden. Darum sind die liberalen Denker meistens gegen Hegel eingestellt, dessen Lehre erst in unserer Zeit wieder neue Früchte trägt. Hegel erblickt im Staat kein fremdes, machtgestaltetes Wesen, dessen Fesselungen der Einzelne möglichst entgehen will. Ihm ist der Staat „die Wirklichkeit der Freiheit."[69] Weil der Liberalismus den Hegelschen Idealismus ablehnt, führt er zur „inneren Unbeteiligung am Staat".[70] Vom liberalen Standpunkte aus soll das Recht so beschaffen sein, daß der Einzelne nicht zu sehr den Bindungen des Staates ausgeliefert[71] ist. Diesem Gedankengang entstammen die Grundrechte.[72]

Die universalistische Rechtslehre faßt den Staat als das Primäre auf, dessen „Bestandteile" die Individuen sind. Der Staat allein hat Selbständigkeit. Diese Auffassung findet ihre Parallele im Universalismus der Gesellschaftslehre. Danach gibt es ein kollektives Ich, d. h. die Gemeinschaft hat eigene

67) Vom Verfasser eingefügt.
68) Spann, S. 22.
69) Binder, Archiv, S. 311.
70) Vgl. Smend, S. 3.
71) Vgl. Wegner, S. 69.
72) Vgl. Spann, S. 23.

Persönlichkeit.[73] Ein isoliertes Geistiges besteht nicht, wie schon Fichte festgestellt hat.[74] Der Freiheitsbegriff ist positiv gestaltet. Die wahre Freiheit besteht nicht im Schutz vor den Einengungen und Einmischungen des Staates, sondern sie ordnet den Einzelnen der Gesamtheit unter, sei es auch mittels „fruchtbaren" Zwanges.[75] Da das Ganze nicht aus gleichen Atomen besteht, so ist eine Rechtsgleichheit undurchführbar.[76] Eine reine Durchführung dieses individualistischen, liberalen Prinzips hat es auch nie gegeben. Minderjährige nahmen beispielsweise zu allen Zeiten eine andere Rechtsstellung ein als Volljährige. Der Universalismus fordert deshalb eine bewußt vollzogene organische Ungleichheit. „Gleichheit unter Gleichen."[77] Das Recht soll möglichst alle Gebiete menschlichen Lebens regeln; denn ideales Ziel universalistischer Auffassung ist die wertvollste Gemeinschaft, nicht das wertvollste Individuum.

Unter den universalistischen Lehren verdient der von Othmar Spann vertretene „kinetische Universalismus" eine besondere Berücksichtigung, weil er zur neuen Denkweise überleitet. Spann behauptet, die Gesellschaft (das Ganze, die soziale Einheit) sei lebendig und nichts Starres. Der starre Organismus sei tot.[78] So lebten die Organe des menschlichen Körpers nur kraft des „Lebensfeuers".[79] Auch die Gesellschaft sei dauernd im Zustande des Werdens, der Bewegung. M. E. knüpft Jordan an diese Spannschen Gedankengänge an, wenn er die soziale Einheit als „stetig sich entwickelnde Objektivation"[80] auffaßt.

Weder die streng individualistische, noch die streng universalistische Richtung ist haltbar. Ein einzelnes, isoliertes Geistiges gibt es gar nicht. Nun wird man Marcks Ansicht, daß die Gemeinschaft etwas Ursprüngliches, Selbständiges besitze,[81] für richtig anerkennen müssen. Doch stimmt auch seine weitere Behauptung. Auch ein kollektives Ich, d. h. die Gesellschaft als bewußtes Wesen, läßt sich nämlich nicht feststellen.[82]

Neben diesen beiden strengen Standpunkten bestehen vermittelnde Richtungen, z. B. der Marxismus,[83] die m. E. aber

73) Binder, S. 282.
74) Vgl. Spann, S. 39, 46.
75) Binder, S. 545; Spann, S. 54.
76) Spann, S. 61.
77) Spann, S. 185.
78) Spann, S. 33.
79) a.a.O., S. 11.
80) Walz, S. 40.
81) Marck, S. 94.
82) Marck, S. 94; Smend, S. 6.
83) Spann, S. 179.

alle die Problemstellung: Geist des Einzelmenschen-Gesamtheit aufrechterhalten. Das will sagen: die Denkweise aller Richtungen ist statisch. Individuum und Gemeinschaft werden wie zwei Ansichten eines Körpers betrachtet,[84] als Lagan. Eine solche Betrachtung ist bereits in den vorhergehenden Ausführungen als Eigenart räumlich-statischer Einstellung festgestellt worden.[85]

Sozialphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart unternehmen es nunmehr, die bisherige Trennung zwischen Individuum und Gemeinschaft in einem höheren Ausgleich, einer Synthese, aufzuheben. Das Nebeneinander wird zu einem Ineinander, in dem Edles und Unedles des Menschentums (Streben, Irrtum, Sünde) zusammengewürfelt liegen. Aber auch das Wertwidrige ist „Geistiges", d. h. sinnhaft.[86] Diese Umbildung der Denkweise zeigt sich besonders in der phänomenologischen Grundlegung,[87] welche die Kulturphilosophie durch Litt erfährt. Seine Wortprägung „Reziprozität der Perspektiven" enthält den Gedanken, daß das einzelne Ich sich durch Aufnahme des Du erweitert. Die geistigen Erlebnisse beziehen sich, wie Litt meint, auch auf solche Gegenstände, die selbst wieder ein „Erlebniszentrum" haben, auf andere Menschen. Wenn ich nun wisse, daß jeder der anderen gleich mir Träger einer Perspektive sei, so wisse ich auch, daß die Vorstellung, welche diese Menschen von der Welt haben, auch mich, mein Ich, einnschließe. „Es ist also die Umkehrbarkeit, die Reziprozität der perspektivischen Verhältnisse, welche ich als eine zwischen mir und anderen geistigen Wesen obwaltende unmittelbar — — weiß,[88] — —."

Litt erfaßt dynamisch. Er kennt kein Nebeneinander, sondern ein Ineinander der Lebensvorgänge. So kommt er zu dem Ausdruck „soziale Verschränkung". Der einzelne Mensch habe, wie Litt ausführt, als geistiges Wesen keine eigene Wirklichkeit. Zwischen Individuum und Gemeinschaft beständen auch keine Wechselwirkungen; denn solche setzten feste, selbständige Pole („substantielle Stützpunkte")[89] irgendwie voraus. Wenn der Universalismus behaupte, das Individuum beziehe allen Stoff, den es verarbeite, aus der Gesellschaft, so sei ebenso auch das Umgekehrte, nämlich der individualistische Stand-

84) Vgl. Litt², S. 12; Smend, S. 16.
85) S. 6 dieser Arbeit.
86) Vgl. Litt², S. 12; Smend, S. 16.
87) Litt², S. 12.
88) Litt², S. 35, 33, 34; Marck, S. 97.

punkt, richtig. Individuelle und überindividuelle Elemente seien in buntem Durcheinander in der Wesenseinheit: Individuum — Gemeinschaft enthalten.[90] — Litt wendet bei seinen Betrachtungen die dialektische Methode an. Das Gesetzmäßige des Seins wird aus Gegensätzen entwickelt, die in einer folgenden Vereinigung, der Synthese, aufgehen. Das dialektische Denken enthält so in den Ergebnissen, zu denen es gelangt, die Planmäßigkeit seines Vorgehens,[91] d. h. das Denken hat „sich selbst zuzuschauen gelernt".[92] Individuum und Gemeinschaft werden gegenseitig sich bedingende Pole; als räumliche „Seiten"[93] geben sie keinen Sinn. Jede sogenannte „Seite" enthält in sich bereits die Verflechtung einer umfassenden, dialektischen Zusammenordnung. Das Ganze ist „das Einheitsgefüge der Sinnerlebnisse der Individuen."[94] Geist, Vernunft, zeigen sich in der Durchdringung von Gesamtheit und Einzelheit.[95] Individuelles und soziales Leben sind ineinander verschränkt. Mit diesen hier nur knapp angedeuteten Gedankengängen hat Litt zum hier behandelten Problem Stellung genommen. Er hat seine Einstellung m. E. am treffendsten in die Sätze gekleidet: „Geht man — bei der Analyse der gesellschaftlichen Welt vom „Ich" aus, so kann dies Vorgehen nur dann zum Ziele führen, wenn der zugrunde gelegte Ichbegriff die perspektivischen Bedingungen der Umwelterfassung und vor allem auch die intentionale Bezogenheit auf das fremde Ich in sich schließt. Und weil mit der Aufnahme dieses Moments die Ich-Perspektive sich selbst relativiert, so ist in der Tat in dieser Ausgangsposition schon zusammen mit dem Ich die umfassende Wirklichkeit der Gesellschaft mitenthalten: wir sehen wie die soziale Welt im Ich, so das Ich in der sozialen Welt."[96] — Die eben geschilderte Richtung beruht auf dynamischer Einstellung. Das „Anundfürsich sein" der Dinge und des Ichs wird in Verknüpfung aufgelöst. Man kennt, wie nach statischer Auffassung, neben der „Objektivation" der Natur, eine solche der inneren seelischen Vorgänge.[97] Aber man bevorzugt m. E. bei der Erfassung der geistigen Struktur gegenüber den geschlossenen

89) Vgl. Smend, S. 10.
90) Litt[1], S. 34, 35.
91) Vgl. Litt[2], S. 10 und 11.
92) Litt[2], S. 10.
93) Vgl. S. 15 dieser Arbeit; Litt[2], S. 10.
94) Smend, S. 6, 8.
95) Vgl. Hegel, S. 329.
96) Litt[2], S. 57.
97) Litt[2], S. 60.

Systemen, den Sinnzusammenhängen, die nur mechanisch oder logisch abgegrenzte Teile der Lebensgesamtheit sind, wieder dieses Ganze, das Sinngefüge des flutenden geistigen Lebens.[98] Eine „reine" Methode kann daher den Anforderungen der neuen Einstellung nicht genügen. So bildet, wie später erläutert werden soll, die dynamische Lehre Smends auch den genauen Gegensatz zur „reinen" Methode. Nach dynamischer Einstellung wird die Wirklichkeit der Kultur nicht dadurch erfaßt, daß „die Wissenschaften vom obejktiven Sinngefüge eines Kulturgebiets — ihren Gegenstand als objektives System isolieren."[99] Die moderne Auffassung legt das Schwergewicht auf selbständige Kräfte, nicht auf Lagen, Körper und Kräfte als Eigenschaften der Körper.[100] Sie faßt m. E. das die Individuen umfassende Gemeinsame nicht als Seiendes, sondern als Wirkendes, Schaffendes auf. Zwischen Individuum und Gemeinschaft bestehen danach keine Beziehungen, sondern beide werden „als Momente einer dialektischen Zusammenordnung, deren Glieder allenfalls — einander polar zugeordnet sind",[101] aufgefaßt. — Der dynamisch eingestellte Mensch erfaßt die Vielheit des Lebens. Er erstrebt Innerlichkeit. Er verwirft die gefühllose, rationalistische Feststellung des geistigen Lebens und seiner Werte.

Teil 3:

Ideengeschichtliche Herkunft beider Einstellungen.

Hinsichtlich der ideengeschichtlichen Ableitung der statischen und der dynamischen Betrachtungsweise gehen die Ansichten auseinander. Oswald Spengler bildet den Gegensatz zwischen statischen, antiken Menschen und dynamischen, faustischen Menschen. Den vollen Beweis für diese Gegenüberstellung hat er allerdings nicht geliefert. Das dürfte auch kaum gelingen.[102] Dennoch herrscht das Statische heute noch, weil der faustische Mensch, wie Spengler meint, Begriffe handhabe, die seinem Lebensgefühl widersprechen.[103] Othmar Spann erblickt in der modernen Einstellung, deren Wesen er allerdings nicht klar erkennt — er geht von der Unterscheidung: Indi-

98) Vgl. Litt², S. 189.
99) Smend, S. 7.
100) Vgl. S. 6/7 dieser Arbeit.
101) Smend, S. 7.
102) Koellreutter, S. 25, Anm. 1.
103) Vgl. Spengler, I., S. 388, 403, 487, 488, 490; II., S. 62, 93.

vidualismus — Universalismus aus — die Gegenrenaissance, das Wiederentstehen von Bindungen.[104] Troeltsch deckt den Zusammenhang von statischem und naturwissenschaftlichem Denken auf. Das Schwergewicht liege danach auf der Ur-Sache. Dem Kausalitätsprinzip setze Hegel als Dynamiker den dialektischen Zusammenhang entgegen.[105] Andererseits wirft Kaufmann Kant und den Neukantianern vor, eine den Deutschen eigentümliche Betrachtungsweise geschaffen zu haben, die „etwas Starres, Statisches, Doktrinäres" habe.[106] — Welcher Meinung der alleinige oder meiste Wahrheitsgehalt zukommt, läßt sich schwer sagen.

Vorbemerkung zum zweiten und dritten Abschnitt.

Selbst der Einsame in kulturverlassener Einöde unterhält noch, sofern er überhaupt geistig lebt, irgendwelche Beziehungen zur Menschheit. Wir aber sind mit der Kulturganzheit inniger verwoben. So sind wir an die Kulturgebilde Recht und Staat freiwillig und zwangsläufig und ohne, daß wir uns dessen bewußt sind, gebunden. Der dynamisch eingestellte Mensch fühlt solche Bindung anders als der statische Mensch.

Zweiter Abschnitt:

Die statische Rechtsbetrachtung.

3. Kapitel:

Wie faßt der junge Wilhelm von Humboldt den Staat auf?

Humboldt hat in seiner Stellungnahme zum Staat mehrere Entwicklungsgänge durchlaufen. In diesem Kapitel soll vorwiegend von seiner Staatsauffassung die Rede sein, die er in der Schrift von 1792 „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen" niedergelegt hat. Darin erkennt er die Möglichkeit zweier verschiedenartiger Staatszwecke an: Glücksförderung und Verhinderung des Uebels.[1] Und während er noch 1786 in einer Abhandlung geschrieben hatte, der Staat müsse im weitgehenden Maße für das äußere und innere Wohl der Menschen sorgen,[2] vertritt er nun wenige Jahre darauf den entgegengesetzten Standpunkt, die Sicher-

104) Spann, S. 4, 80.
105) Troeltsch, S. 258.
106) Kaufmann, S. 93, 94.
1) Ideen, S. 31.
2) Kaehler, S. 136.

heitstheorie. Das Prinzip des Wohlfahrtsstaates ist ihm nun „der ärgste und drückendste Despotismus". „Blühende Länder" entständen auch ohne Wirksamkeit der Bürger.[3] Er bestimmt Staat und Recht lediglich negativ. Beide sollen verhindern, daß die Freiheit des einen durch die Willkür des anderen leide. Ihre einzige Aufgabe sei, Sicherheit, d. h. „Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit"[4] zu schaffen. Die harmonische Entfaltung aller Kräfte des Einzelnen, die Vollendung seiner Individualität, sei höchstes Ziel menschlichen Daseins. Deshalb müsse sich der Staat der Sorge für Wohlstand und Wohlergehen seiner Bürger enthalten. Eine umfassende Staatstätigkeit verleite zur Trägheit, schwäche die Energie und den moralischen Charakter des Einzelnen.[5] Freilich begreift Humboldt seinem seelischen Aufbau zufolge unter Energie nur die „passive Energie des Empfangens und Verstehens", wie ja auch sein Idealmensch, der „interessante Mensch", nur die denkende und empfindende Kraft besitzt.[6] Der faustische, schaffende Mensch lag Humboldts nur aufnehmenden, nicht schöpferischen Wesen nicht. In den Lebenskreis des Bürgers solle der Staat nur da eindringen, wo es sich um „die Kränkung der Rechte des einen durch den anderen" handele.[8] Freiheit und Besitz des Einzelnen dürfe nur mit dessen Einverständnis angetastet werden. Liege aber ein Einverständnis vor, dann müsse der Staat, der aus Sicherheitsgründen Hüter des Rechts sei, Maßnahmen treffen, um beispielsweise Willenserklärungen aufrechtzuerhalten.[9] Andererseits solle er sich möglichst wenig in die Entschließungen der Menschen einmengen.[10] Die Erziehung liege außerhalb der Wirksamkeit des Staates. Es komme nicht darauf an, alle in dieselbe bürgerliche Form zu gießen und so einen Zustand der Ruhe und des Gleichgewichts herzustellen, sondern jeder müsse die ihm eigentümliche Individualität entwickeln können. Bei freien Menschen würde es an guter Familienerziehung und geeigneten Anstalten auch nicht fehlen.[11] Später hat Humboldt gerade auf dem Gebiete des Erziehungswesens seine fruchtbarste Arbeit im Staatsdienste

3) Zitiert bei Kaehler, S. 134.
4) Kahler, S. 136, 137.
5) Ideen, S. 118.
6) Ideen, S. 36, 53.
7) Kaehler, S. 34, 32; Ideen, S. 38.
8) Ideen, S. 31.
9) Ideen, S. 134, 128, 148.
10) a.a.O., S. 144.
11) Ideen, S. 73, 74, 75; Meinecke, S. 47.

geleistet. Humboldts Ansicht, der Staat dürfe keine Verbote hinsichtlich der Verführung der Tugend oder der Vernunft anderer erlassen, entspricht seiner Idealvorstellung von Menschenwürde. Dem Menschen stehe es frei, unmoralischem Tun seinen Willen entgegenzusetzen. Deshalb sollten auch Fleischesverbrechen, außer Notzucht, straflos bleiben.[12]

Humboldts Schrift ist, wie Kaehler feststellt, ein Selbstbekenntnis[13] und deshalb nur aus seiner Individualität, die ausschließlich auf Genuß des Lebens gerichtet ist, zu verstehen. Als sich Humboldt als Vierundzwanzigjähriger aus dem Staatsdienste — er war Auskultator beim Berliner Stadtgericht[14] — zurückzog, so entsprach das völlig seinen Wünschen. Er folgte „der unwiderstehlichen Begierde, die ganze Menschheit rein durch sich selbst auszumessen."[15] Er lebte selbst „in Ideen und Empfindungen".[16] Die Einordnung in den Staat erschien ihm als lästige Fessel. Glücklicherweise erlaubten ihm seine wirtschaftlichen Verhältnisse zunächst, seinen Ideen getreu zu leben. — Der Staat, dem sich der junge Humboldt entzog, erweckte doch sein theoretisches Interesse. Aber Humboldt hatte in das Staatsgetriebe kaum Einblick gewonnen. Sein Staatsideal ist der Wirklichkeit gänzlich abgekehrt. „His State is only possible in a community of Humboldt's."[17] Der Staat war ihm „nichts als eine Summe menschlicher, wirkender und leidender Kräfte",[18] ein mechanisches Gefüge.[19] Er sei nur notwendig, weil der Einzelne für seine Sicherheit nicht hinreichend sorgen könne. Das Wohl des einzelnen Menschen gehe deshalb dem allgemeinen Wohle vor.[20] Selbst den Verfassungsstaat empfand er als Hemmung der Individualität, weil die Verfassung als Werk eines Mannes auch nur dessen Anschauungen enthalte. Humboldt hatte zu große Achtung vor fremder Eigenart. Er hielt es nicht für gut, alle einer allgemeinverbindlichen, aber nicht immer gewollten Regel unterzuordnen.[21] Und doch weicht Humboldt von der folgerichtigen Durchführung seiner Ansicht ab, wenn er den Staat als eine

12) Ideen, S. 123, 154, 204.
13) Kaehler, S. 28.
14) a.a.O., S. 124.
15) Zitiert bei Kaehler, S. 27.
16) Ideen, S. 38.
17) Gooch, zitiert bei Kaehler, S. 150.
18) Zitiert bei Kaehler, S. 130.
19) Vgl. Kaehler, S. 139.
20) Ideen, S. 119.
21) Kaehler, S. 124, 128; Meinecke, S. 43.

widerspruchslose Macht auffaßt.[22] — Humboldts Einstellung zum Staat macht seine Teilnahmlosigkeit am Untergang Preußens verständlich. Auch die größere Geistesgemeinschaft, die deutsche Nation, war ihm als Ganzheit gleichgültig. So schreibt er an Jacobi: „In Deutschland vergißt man gern die Masse, um bei einigen Individuen stehen zu bleiben."[23] Als der Staat ihn rief, folgte er zögernd, mit innerem Widerstreben. Erst durch den Königsberger Kreis gelangte er zu wahrem Verbundensein mit dem Staat, in dem er selbst aufbauend wirkte.[24]

Humboldt ist Individualist. Sein Humanitätsideal ist die Vollendung der Einzelmenschen, der gebildete Vollmensch.[25] Seine statische Auffassung geht von dem einen festen Pol „Individuum" aus. Den anderen Pol findet er nicht etwa im Staat, der ihm nur ein „untergeordnetes Mittel"[26] ist, sondern m. E. im zweiten, dritten und folgenden Ich, die sich ebenfalls behaupten wollen.

Die Ideen des jungen Humboldts streifen völlig von der Wirklichkeit los. Er übersieht, daß das Zusammenleben der Menschen gemeinsame Aufgaben und Ziele stellt. Daher muß oft der Einzelne sein Interesse einem Höheren aufopfern, welches der Allgemeinheit mehr Nutzen einbringt. Die Wichtigkeit dieses praktischen Bedürfnisses hat ein späterer Denker des 19. Jahrhunderts hervorgehoben: Rudolf von Ihering.

4. Kapitel:

Vom Zweckmäßigen, dem Grundgedanken des Iheringschen Hauptwerkes.

Iherings Erfassung alles Geistes beruht auf der Aufstellung des Zweckprinzips. Entsprechend seiner beschreibenden Betrachtungsweise begreift Ihering den Zweck aber nicht im Kantischen, erkenntniskritischen Sinne als Erkenntnisgrund, sondern als einen Erklärungsbestandteil eines Gegenstandes, als psychologische Kausalität, als das Nützliche schlechthin.[1] Er faßt den Zweck nicht als überempirische Idee auf, wie es später Stammler getan hat.

22) Vgl. Kaehler, S. 137, 141.
23) Zitiert bei Meinecke, S. 55.
24) Kaehler, S. 211, 213, 225.
25) Eisler, S. 640, „Humanität".
26) Ideen, S. 119.
1) Stammler[3], S. 45 und Anm. 10, S. 59, Anm. 4; Eisler, II. Bd., S. 1916.

Ihering kleidet das Zweckgesetz in die Worte: „Kein Wollen, oder was dasselbe, keine Handlung ohne Zweck."[2] Er begründet diesen Satz folgendermaßen: Die Bewegung des Willens geschehe, wie alle Bewegung in der Welt, erst durch eine treibende Kraft. Der Grund der Willensbewegung liege aber nicht in einer mechanischen, sondern in einer psychologischen Tatsache. Der Mensch handele nicht, „weil" er muß (causa efficiens), sondern um eines Zweckes willen (causa finalis). So bezahle der Schuldner seine Ware, nicht weil er schulde, sondern, um Prozesse zu vermeiden, Kredit zu erhalten oder etwas anderes zu erreichen. Der Zweck sei daher die Vorstellung eines Zukünftigen; die Ursache ruhe in der Vergangenheit.[3]

Die Mängel einer solchen Auffassung vom Zweck hat Stammler aufgedeckt. Wohl besteht zwischen den Begriffen „Wollen" und „Zweck" eine enge Verknüpfung. Auch Stammler sagt, daß das Wollen das Setzen eines Zweckes bedeute.[4] Aber das „Wollen" im Stammlerschen Sinne ist nichts Psychisches, vielmehr eine dem „Wahrnehmen" entgegengesetzte Ordnungsweise, ein irgendwie bestimmtes, rein logisches Verfahren zur Verbindung von Bewußtseinsinhalten.[5] Für Ihering aber ist die Zwecksetzung eine causa, und zwar eine psychische Ursache: die causa finalis. Er ordnet zwar den tatsächlichen Gedankeninhalt. Aber die zweifachen Ordnungsweisen „Wahrnehmen" und „Wollen" hält er nicht auseinander.[6] Eine Folge davon ist Iherings unvollkommener Begriff der Nützlichkeit. Das Nützliche, etwa das Nützliche im sozialen Leben, bestimmt sich letzten Endes nicht nach den jeweiligen, begrenzten Zielen des menschlichen Handelns. Erkenntniskritische Betrachtung lehrt, daß über allen menschlichen Bestrebungen eine richtunggebende Idee im Sinne eines unbedingt einheitlichen Richtens des menschlichen Wollens" waltet.[7]

Durch die Aufstellung des Zweckprinzips gelangt Ihering dazu, eine besondere enge Beziehung zwischen Person und Sache aufzuzeigen, nämlich das Eigentum als Teil des Ichs aufzufassen. Er behauptet: „Das Eigentum ist nur die sach-

2) Ihering, S. 5.
3) Ihering, S. 3, 4, 5, 10, 14, 19.
4) Stammler[3], S. 57.
5) Stammler[3], S. 56, 58, 59, 66, Anm. 1.
6) Vgl. Stammler[3], S. 59.
7) Stammler[3], S. 220.

lich erweiterte Peripherie meiner Person."[8] Durch die Sorge, für den kommenden Tag Nahrung zu haben, komme der Mensch dazu, Vermögen anzusammeln.[9] Wie er es erwerbe, komme für die Erklärung seines Charakters nicht wesentlich in Betracht, wohl aber das, wofür er es ausgebe.[10] Das Urteil, eine Sache sei brauchbar, bedeute, daß sie „uns" ein geeignetes, zweckmäßiges Mittel sei.[11]

Im menschlichen Leben erblickt Ihering den Inbegriff menschlicher Zwecke.[12] Er unterscheidet die egoistischen Zwecke der Individuen von den sozialen Zwecken der Gemeinschaft.[13] Letztere seien organisierte oder unorganisierte, je nachdem, ob für ihre Erfüllung eine besonderen Regeln unterworfene Menschenmenge sorge oder nicht.[14] Das Höchstmaß organisierter Zwecke werde durch die Einrichtung „Staat" erreicht.[15] Positive Aufgabe des Staates sei, seine Zwangsmittel in ein möglichst vollendetes System zu bringen.[16] — Ihering ist Individualist. Der Staat erscheint ihm nur als Summe der Staatsangehörigen.[17] Wenn er trotzdem dem Staat ein eigenes Dasein zuschreibt und von den „Lebensbedingungen" des Staates spricht,[18] so beruht das m. E. auf seiner strengen Durchführung einer Scheidung von öffentlichem und privatem Recht.[19] Aber im Grunde faßt Ihering den Staat nicht etwa als lebensvolles Gebilde auf, sondern als kunstvollen, zweckbestimmten Apparat.

Der Staat schaffe das Recht wegen des Allgemeininteresses am Frieden. Hauptmerkmal des Rechtsbegriffes bilde die Gewalt. „Das Recht ist nicht bloßer Gedanke, sondern lebendige Kraft."[20] Das Recht sei daher Maßstab für die Gewaltanwendung; es sei „die rechte Gewalt".[21] Und doch sieht Ihering im Recht nur ein starres, mechanisches Ding: eine „Zwangsmaschinerie",[22] die allerdings eine gewaltige, den Einzelnen umfassende Herrschaft ausübe.[23]

8) Kampf um's Recht, S. 40.
9) Ihering, S. 63.
10) Ihering, S. 64.
11) a.a.O., S. 70.
12) a.a.O., S. 57.
13) a.a.O., S. 58.
14) a.a.O., S. 40.
15) a.a.O., S. 42
16) a.a.O., S. 45, 307, 316.
17) Ihering, S. 498, 511.
18) Ihering, S. 498, 499.
19) Vgl. Binder, S. 429.
20) Kampf um's Recht, S. 1.
21) Ihering, S. 245, 249, 250.
22) Ihering, S. 335.
23) Vgl. Ihering, S. 535.

Durch sein „Prinzip des subjektiven Willens“[24] gelangt Ihering zu einer überstarken Betonung des Rechtsgefühls. Dieses enthalte die Komponenten Reizbarkeit und Tatkraft. Selbst die Befriedigung des „nackten Egoismus“ sei berechtigt.[25] Wahrheit bleibe Wahrheit, auch wenn der Einzelne sein begrenztes oder sogar unsittliches Interesse verfolge.[26]

Den Gedanken „Kampf um's Recht“ verdankt Ihernig m. E. vorwiegend seinem individualistischen Standpunkt. Er denkt statisch. Der Lage „Individuum“ stellt er auf räumlich-mechanische Weise das „Gesetz“ gegenüber: „Als unsichtbare, allgegenwärtige Vertreterin derselben (der Gesellschaft[27]) umgibt dich, wo du gehst und stehst, gleich der atmosphärischen Luft die Macht des Gesetzes, und so wenig du einen Fleck auf Erden aufsuchen kannst, wo du letzteres nicht anträfest, so wenig in der Gesellschaft einen, wohin jene dir nicht folgte. — Es bedarf erst des absichtlichen Nachdenkens, um sich all der Beschränkungen bewußt zu werden, mit denen das Recht bei einem Kulturvolk die individuelle Freiheit umgeben hat.“[28]

5. Kapitel:

Die mechanistische Methode.

Die bis in die Gegenwart herrschende liberalistisch-demokratische Denkweise brachte eine immer anwachsendere Unsicherheit der Staatsauffassung mit sich. Man überschätzte oder unterschätzte die Realität „Staat“. Der einzelne Mensch erlebte die Lebensgemeinschaft „Staat“ minder stark als früher; er entfremdete sich ihr. Die Einflüsse dieser Strömung finden sich in der gegenwärtigen Gesellschaftslehre. Der Staat wird als äußerliche Lebenseinrichtung, als „Technik der Kultur“[1] aufgefaßt. Die Frage nach seinem inneren, geistigen Gehalt taucht demgemäß nicht auf. Liberalistische Auffassung deutet den Staat nur durch Erklärung seiner technischen Mittel. Die Aufgaben des Staates seien sein Rechtfertigungsgrund.[2] Es handelt sich um eine teleologische Betrachtungsweise, wie sie bereits Ihering angewendet hat. Der Staat wird so als gewaltiger,

24) Vgl. Binder, S. 429.
25) Kampf um's Recht, S. 58.
26) Vgl. Kampf um's Recht, S. 58 f.; Stammler[3], S. 229.
27) Vom Verfasser eingefügt.
28) Ihering, S. 535.
1) Vgl. Smend, S. 3.
2) Smend, S. 10, 51.

maschineller Betrieb, als „kaltes Ungeheuer",[3] empfunden. Der „Dämonie seiner Mittel" seien die Einzelnen unentrinnbar ausgeliefert.[4] In derartiger Weise faßt auch Stammler den Staat auf. Er will den Einzelnen vor dem Staat geschützt wissen.[5]

Die in diesem Kapitel behandelte Methode wird besonders ausgeprägt von Meinecke und Max Weber vertreten. — Meinecke erkennt dem Staate als einem eigentümlichen, organischen Gebilde ein eigenes Lebensgesetz zu.[6] Der Staat handele nach seiner „Staatsräson". Dieser Vernunftbegriff habe aber mit dem ethisierenden der Philosophie nichts zu tun.[7] Wie die Menschen der Macht des Staates unterworfen seien, so notwendig der Staat seinem eigenen Bewegungsgesetze.[8] Macht, aber tue öfters Unrecht. Die staatlichen Lebewesen seien daher unverbesserlich. „Der Staat muß sündigen".[9]

Meinecke deckt die Nachteile der Zivilisation auf. Er wird damit ein Gefährte Othmar Spanns. Das Dasein der Menschen werde veräußerlicht, technisiert.[10] Rational geleiteter Großstaat und Großbetrieb seien die kennzeichnendsten Merkmale der modernen Zeit.[11]

In der Parallelstellung von Staat und Betrieb berührt Meineckes Staatsauffassung die von Max Weber.[12] Moderner Staat und Betrieb ähnelten einander durch die „Konzentration der sachlichen Betriebsmittel" und durch ein gleichartiges Herrschaftsverhältnis.[13] Die Existenz des Einzelnen sei von der Gewalt des Unternehmers oder des Staates abhängig. Moderner Staatsbetrieb und kapitalistische Privatwirtschaft seien kalkulierbar. Ihre Leistung gleiche dem Funktionieren einer Maschine.[14] — Sogar Kelsen, der dem Staate doch das Sein, den Bestand als Wirklichkeitsgebilde, abspricht, faßt das Organisationsproblem im Weberschen Sinne auf.[15]

Diese Auffassungen entsprechen einem mechanistischen, verräumlichenden, statischen Denken. Der Staat wird nicht

3) Vgl. Litt[1], S. 174, 175.
4) Vgl. Smend, S. 3.
5) Wegner, S. 69.
6) Meinecke, Staatsräson, S. 1.
7) a.a.O., S. 8.
8) a.a.O., S. 20.
9) a.a.O., S. 15, 19.
10) Staatsräson, S. 19; Spann, S. 89, 90.
11) Staatsräson, S. 25.
12) Vgl. Weber, 140.
13) Weber, S. 141.
14) Weber, S. 142.
15) Kelsen, Archiv, S. 64, Anm. 19.

als eine Lebenseinheit empfunden. Er ist vielmehr als maschineller Betrieb in seinem Funktionieren berechenbar, d. h. ein Gegenstand der Technik. Die von solcher Einstellung ausgehende Staatslehre sieht im Staatsorgan entweder ein Werkzeug des Staates oder den Techniker, der die Geführten, die passive Masse, in Bewegung setzt. Die schöpferische Kraft der Geführten, die am Gruppenleben aktiven Anteil nehmen, wird übersehen.[16] Der Staat wird auf sein Gebiet wie auf eine feste Unterlage gestellt. Herrschaft ist die rang- und machthöhere Stelle.

Das ist echt naturalistisch, räumlich gedacht.[17] Mit solcher kausalen (Lagen-) Auffassung verbinden sich teleologische Erwägungen. So erschöpft sich die mechanistische Lehre von den Staatsformen in der Aufzählung ihrer technischen Vorzüge und Mängel.[18] Der Staat wird von dieser Methode als „substantielles, teleologisches Ganzes"[19] konstruiert. Eine technische Auffassung von den Staatsformen vertritt z. B. Helfritz. Seiner Ansicht nach wird eine ausreichende Deutung der Staatsform schon dadurch gewonnen, daß man die Zuständigkeitsverteilung der Staatsorgane klar erkennt.[20]

6. Kapitel:

Kelsen.

Die Kelsensche Methode ist der mechanistischen entgegengesetzt. Kelsen lehnt jede teleologisch-technische Betrachtungsweise ab. Ebenso ist er aber auch ein Gegner jeder naturwissenschaftlichen, d. h. nach seiner Terminologie soziologisch-psychologischen, und jeder moralisierenden Staats- und Rechtslehre.[1] Der Gedanke einer Sünde des Staates liegt ihm völlig fern. Er gehört der neukantischen Richtung der Rechtsphilosophie an, und zwar ist er ihr radikalster Vertreter. Sein nomativer Logismus entstammt der wahren Voraussetzung, daß die Rechtswissenschaft als konstruktive Wissenschaft einer logistischen Einstellung bedarf.[2] Alles außerhalb des rein Logischen liegennde Erfassen schaltet er aus. Da er im Sinngefüge „Recht"

16) Vgl. Smend, S. 26, 27, 32.
17) Vgl. Smend, S. 17, 19, 43, 55, 71.
18) Smend, S. 27, 29.
19) Vgl. Smend, S. 32.
20) Helfritz, S. 93
1) Staatsbegr., S. 78; Marck, S. 36.
2) Vgl. Sauer, Uebersicht, S. 12.

dessen eigentümliche Gesetzlichkeit erkennen will, fordert er eine rein juristische Methode. Nur dadurch sei „reine" Rechtserkenntnis möglich.[3] Für das öffentliche Recht hat Kelsen diese sog. reine Methode durchgeführt und damit bewußt die Wege Labands und Georg Jellineks eingeschlagen.[4]

Für die Gesetzlichkeit des juristischen Denkens gibt Kelsen folgendes Beispiel: Auf den Diebstahl (a) folge die Strafe (b). Zwischen a und b bestehe eine normative, keine kausale Verknüpfung. Viele Diebe entkämen nämlich dem Arme der Gerechtigkeit.[5] Das Rechtsgesetz, welches die Synthesis zwischen dem Diebstahl und der Strafe schaffe, habe also die Form eines hypothetischen Urteils: „wenn a, soll b."[6] Es sei deshalb eine Norm, das gesamte Recht ein System von Normen, ein Wertsystem.[7] Die Wertwelt (das Soll) sei der kausal bestimmten (Seins-) Wirklichkeit entgegengesetzt.[8] Darum habe bereits Kant, auf den sich Kelsen beruft, auf das Nebeneinanderbestehen zweier verschiedener Betrachtungsweisen („Sollen" — „Sein") hingewiesen.[9]

Kelsens Angriffe richten sich vor allem gegen die herrschende Staatsauffassung. Die übliche, mechanistische Verlegung des Staatsbegriffs in drei Elemente lasse den Staat als irgendein körperliches Ding erscheinen.[10] Der Staat sei aber keine soziale Realität, weder Körperliches noch Psychisches, d. h. er unterliege überhaupt keiner Seinsbetrachtung.[11] — Das Element „Staatsgebiet" müßte nach herrschender Lehre dreidimensional gedacht werden. Mit welcher Begrenzung? Es handele sich nicht um den das Staatsvolk umschließenden Raum, sondern um den „Geltungsbereich der staatlichen Ordnung", um den Raum, in dem Staatsherrschaft tatsächlich ausgeübt werde. Der Raum sei deshalb „Inhaltsbestandteil der staatlichen Sollordnung". Diese Eigenschaft teile er mit der „Zeit", der „Staatsgewalt", dem „Staatsvolk".[12] — Der Staat sei vielmehr eine „verpflichtende Autorität", d. h. eine Ordnung, ein Normensystem.[13] „Indem der Staat als eine normative Ordnung, d. h.

3) Staatsbegr., S. 81.
4) Vgl. Staatsl., Vorrede.
5) Vgl. Staatsbegr., S. 96.
6) Staatsbegr., S. 75.
7) Vgl. a.a.O., S. 79.
8) a.a.O., S. 81.
9) Staatsl., Vorrede.
10) Staatsl., S. 3, 96.
11) Vgl. Staatsbegr., S. 77; Smend, S. 13.
12) Staatsbegr., S. 84, 85.
13) Staatsl., S. 14.

als ein System von Normen begriffen wird, — ist er prinzipiell in dieselbe Sphäre gerückt, in der das Recht begriffen wird."[14] Diese Feststellung deckt sich mit derjenigen Stammlers, des anderen Führers der neukantischen Richtung. Während aber Stammler den Staat für eine „besonders geartete" rechtliche Ordnung hält, stellt Kelsen die These auf, Staat und Rechtsordnung seien identisch.[15]

Kelsen faßt den Staat nicht als einen Apparat, sondern als eine Ordnung auf, deren Macht die Menschen unterworfen seien. Darin ähnelt seine Lehrmeinung der Krabbeschen Behauptung, daß Staatsautorität und Rechtsautorität ein und dasselbe seien.[16] Auch mit der Krabbeschen Rechtsstaatsidee ist Kelsen wahrscheinlich einverstanden. Er dürfte es billigen, wenn Krabbe sagt: „Wir leben jetzt nicht mehr unter der Herrschaft von Personen, — sondern unter der Herrschaft von Normen, geistigen Kräften" und „Für die persönliche Gewalt ist eine unpersönliche Macht, für das „sic volo sic iubeo" eine geistige Herrschaft an die Stelle getreten."[17] Er tadelt nur dessen soziologisch-psychologische Betrachtungsweise. Diese habe zur Folge gehabt, daß Krabbe den Staatsbegriff in der üblichen Weise verdingliche.[18]

Kelsen faßt den Staat als eine Zwangsordnung auf. Seine diesbezügliche Feststellung lautet: „Der Staat erscheint als die Einheit eines Systems von Normen, die regeln, unter welchen Bedingungen ein bestimmter Zwang von Mensch zu Mensch geübt werden solle."[19] Die Ordnung, das „Soll", harre aber der Verwirklichung. Ohne Beziehung zwischen Wert und (Seins-) Wirklichkeit würden die Wertsysteme sinnlos sein.[20] Die herrschende Lehre erkenne diesen Grundsatz an, indem sie der Rechtsnorm Zwangscharakter beilege.[21] Die menschlichen Handlungen unterlägen dem Einfluß der Normen.[22] So liege beispielsweise die Ursache des rechtmäßigen, richtigen Handelns im „Wollen", im psychischen Erleben der Normen.[23] Zwang und Macht der Norm lägen darin, daß die Norm als

14) Staatsbegr., S. 75.
15) Stammler[3], S. 284; Staatsl., S. 16, Staatsbegr., S. 87.
16) Vgl. Krabbe, S. 2.
17) Krabbe, S. 9, 37; vgl. Staatsbegr., S. 83, 91.
18) Staatsbegr., S. 185, 189.
19) a.a.O., S. 82.
20) Staatsl., S. 19, Staatsbegr., S. 80.
21) Vgl. Staatsbegr., S. 87.
22) Vgl. a.a.O., S. 85.
23) Staatsbegr., S. 80; ähnlich Stammler[2], S. 2, 3, S. 285.

geistiger Inhalt vorgestellt werde und als solcher auf den menschlichen Willen motivierend einwirke.[24] Es sei demnach nicht so, wie die herrschende Lehre es angebe, daß der „Staat" vermöge seiner Mittel das „Recht" verwirkliche.[25] — Die reine Sollbetrachtung müsse jedoch vom Verwirklichungsproblem absehen, um zu „reinen", von aller Kausalgesetzlichkeit losgelösten Ergebnissen zu gelangen.[26] Die „Faktizität des Zwanges", d. h. die tatsächliche Ausübung und das Ausmaß des Zwanges, liege in der Welt des Seins und gehöre daher nicht zum Staatsbegriff.[27] Die herrschende Lehre sehe im Recht das Sekundäre, das vom Staate Abgeleitete. Sie halte alles Recht für staatliches Recht.[28] Doch der Staat stehe nicht hinter der Rechtsordnung. Er sei selbst diese Ordnung. „Nichts anderes als ein Gedanke, ein Ordnungsgedanke ist der Staat!"[29]

Der Sinn der staatlichen Ordnung liege in ihrer Geltung.[30] Was versteht Kelsen unter Geltung, Soll-Geltung? Er gibt eine umschreibende Deutung dieses Begriffes im folgenden Beispiel: Der Pythagoräische Lehrsatz gelte nicht deshalb, weil er gedacht werde. Seine Geltung liege vielmehr „in irgendwelchen letzten Axiomen". M. E. unterscheidet Kelsen im Stammlerschen Sinne zwischen Geltung und Gültigkeit (Soll-Geltung): die Idee des Staates habe (Soll-) Geltung.[31] — Die üblicherweise mit dem Ausdruck „Staat" bezeichnete Ordnung finde ihre Soll-Geltung in der Ursprungsnorm, der „höchsten, als gültig vorausgesetzten Norm".[32] Die Annahme der Ursprungsnorm sei eine Ursprungshypothese.[33] Die Rechtssätze schöpften zwar ihren Inhalt aus dem Sein; als Normen hätten sie vermöge der Ursprungsnorm Geltung. Die Ursprungsnorm sei „die Verfassung im rechtslogischen Sinne".[34] Ein bestimmtes Recht werde auf seine Quelle zurückgeführt, wenn man die entsprechende, inhaltlich brauchbare Ursprungsnorm voraussetze. Für den bolschewistischen Staat passe z. B. nicht jene Ursprungsnorm, „die den absoluten Zaren als oberste Normset-

24) Staatsbegr., S. 89, 91.
25) Vgl. a.a.O., S. 89.
26) Vgl. Staatsbegr., S. 93, 81, Staatsl., S. 19.
27) Staatsbegr., S. 82.
28) Vgl. Staatbegr., S. 88.
29) a.a.O., S. 91.
30) a.a.O., S. 84.
31) Vgl. Binder, S. 750; Staatsbegr., S. 84, 93.
32) Staatsbegr., S. 93, 94.
33) a.a.O., S. 95.
34) a.a.O., S. 94.

zungsautorität einsetzte". An solcher Ursprungsnorm gemessen, müßte nämlich das heutige Verhalten der Russen sinnwidrig, d. h. normwidrig, erscheinen.[35] Der Ursprungshypothese bedient sich Kelsen sogar, um das Geschehnis einer Revolution zu deuten. Politischer Umsturz beruhe auf der Verschiedenheit zweier „normativer Ursprungshypothesen".[36] M. E. ist diese Ansicht Kelsens falsch, da die Revolution, eine Tatsache, völlig der Seinswelt angehört. Sie kann daher keiner normativen Betrachtung unterliegen. Man kann an sie höchstens einen normativen Maßstab anlegen, z. B. durch die Fragen, ob es ein „Recht zur Revolution" gibt, ob Revolutionen überhaupt zulässig sind.[37]

Kelsen unterscheidet einen weiteren und einen engeren Staatsbegriff. Der weitere Staatsbegriff sei mit dem Begriffe „Rechtsordnung" identisch. Den besonderen Staatsbegriff gewinne man bei Berücksichtigung des logischen Verhältnisses zwischen dem Ordnenden und dem Geordneten. So gelange man zur Auffassung des Staates als Ordnungsprinzip (Schema, Kategorie), das nur die Funktion habe, dem „gedanklichen Ueberblick über die Beziehungen des Rechtes — zu dienen".[38] diesem Sinne sei der Staat nur ein Reihenprinzip, ein „Zurechnungspunkt", d. h. ein Ausdruck für die Einheit des Rechtes",[40] „eine Idee, die zum Zwecke der Ordnung der Erscheinungen konzipiert ist, aber mit diesen Erscheinungen selbst methodisch nicht auf der gleichen Stufe steht".[41]

Kelsens engerer Staatsbegriff — der Staat als Reihenprinzip — ist ein Anzeichen dynamischer Einstellung. Er ist nämlich ein Funktionsbegriff.[42] Die Gründe, warum diese Arbeit trotzdem Kelsen den statisch eingestellten Rechtslehrern zureiht und warum Kelsens Lehre trotz des Funktionsbegriffes im Formalismus erstarrt, werden noch auseinandergesetzt werden.

Kelsen sieht den auf rein juristisch-logische Weise erlangten Staatsbegriff für den allein möglichen an. Er wendet sich daher scharf gegen die sog. Zwei-Seiten-Theorie, die Staat und Recht als zwei verschiedene Seiten ein und desselben Wesens

35) Staatsbegr., S. 95.
36) a.a.O., S. 97.
37) Vgl. Beling, Revolution und Recht, S. 39.
38) Staatsbegr., S. 215.
39) a.a.O., S. 214.
40) a.a.O., S. 212, 213, 214.
41) Cassirer, S. 224 ;vgl. Staatsbegr., S. 213.
42) Vgl. Staatsbegr., S. 212; Seite 6 dieser Arbeit.

auffaßt.[43] Der Dualismus von Staat und Recht sei aber nur ein Scheinproblem und beruhe auf einem Denkfehler. Aus Gründen der Anschaulichkeit werde nämlich das Recht als Einheitsbegriff „personifiziert" und zugleich als Staat „hypostasiert" (d. h. als Ding aufgefaßt). Das bloße Erkenntnismittel, die Personifizierung, werde so Erkenntnisgegenstand.[44] — Der Gegensatz von Individuum und Staat und das Verhältnis von Menschenwillen und Staatswillen seien ebenfalls nur Scheinprobleme.[45] Der Wille des Menschen gehöre dem Sein an, der Staatswille aber sei „Ausdruck für die Einheit einer Ordnung, einer Sollordnung menschlicher Wollungen oder Handlungen".[46] Zwischen den beiden Sätzen „Das Individuum ist ein Ganzes", und „Das Individuum ist nur ein Teil eines (gesellschaftlichen) Ganzen", bestehe nur ein „fehlerhafter logischer Widerspruch". In Wahrheit sei diese angebliche Antinomie als Fall des unüberbrückbaren Gegensatzes von Sein und Sollen auflösbar. Das eigentliche Problem liege in der Beziehung von Sein und Sollen, in dem Verhältnis zwischen den Menschen und den ihnen aufgegebenen Ordnungen.[47]

Die Behauptung, Staat und Rechtsordnung seien identisch, hatte schon vor Kelsen der Rechtslehrer Zorn aufgestellt. Bei ihm bedeutete dieser Gedanke allerdings eine Gleichstellung von Recht und Gesetzgeber.[48] Auch ist im Gegensatz zur Zornschen Ansicht Kelsens erkenntniskritische These aus dem Glauben an das liberale Rechtsstaatsdogma geboren. Kelsen ist nämlich, wie seine Abhandlung „Vom Wesen und Wert der Demokratie" beweist, ein begeisterter Anhänger der Demokratie. Die neukantischen, rationalistischen Formen dienen ihm nur dazu, seinen politischen Glauben vor wissenschaftlicher Kritik zu rechtfertigen.[49]

Kelsens Methode ist lebensfremd, allzu formalistisch. Darin liegt ihre Unfruchtbarkeit. Es kann niemals wissenschaftliches Ziel sein, rein logische Abstraktionen, bloße Formen, zu gewinnen. Die Logik schafft zwar das Schlüssige, Richtige; aber nur das Begreifen der Zusammenhänge führt zur Wahrheit.[50]

43) Vgl. Staatsbegr., S. 105, 106.
44) Staatsl., S. 76.
45) Staatsbegr., S. 68, 238.
46) a.a.O., S. 69.
47) Vgl. Staatsbegr., S. 74, Staatsl., S. 15.
48) Vgl. Wegner, S. 60, 61.
49) Vgl. Wegner, S. 10, 69; Kaufmann, S. 95.
50) Vgl. Sauer, Uebersicht, S. 12; Beling, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, S. 12, Anm.

Eine Formensprache kann nur dann wissenschaftliche Erfolge ergeben, wenn sie nur das Gerüst für sachliche Inhalte ist. So hat schon Kant betont: „Ohne Sinnlichkeit würde uns kein Gegenstand gegeben und ohne Verstand keiner gedacht werden. Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind."[51] Kelsens Begriffe aber sind inhaltsleer. Aller empirischer Gehalt, alles Psychologische und Teleologische, ist ihnen entzogen.[52] Gegen Wegners Ansicht, daß Kelsen „nur eine begriffliche Scheidung, nicht eine Verdrängung von soziologischer Forschung für das juristische Gebiet" durchführen wolle,[53] spricht m. E. Kelsens Stellungnahme zur Zwei-Seiten-Theorie: Die juristische Betrachtung habe es nur mit Normen zu tun. Als Gegenstand des juristischen Soll-Gebietes könne der Staat nur normativ erfaßt werden.[54] Ein rein normative Betrachtungsweise wird aber dem Wesen der Kulturgebilde Recht und Staat nicht gerecht. Jede Kulturentfaltung ist m. E. die Auswirkung menschlicher Zwecksetzungen. Daher gehören Recht und Staat, wie Sauer — allerdings auf das Recht eingeschränkt — bemerkt, zur praktischen oder teleologischen Vernunft.[55] Daher dürfen auch Rechts- und Staatslehre das Erfahrungsgemäßige, z. B. das Soziologische, nicht achtlos beiseitestellen.[56] Darum wird es verständlich, warum Kelsens Staatslehre ohne Staat, ohne materiellen Inhalt, zu einem „bewußt erreichten Nullpunkt"[57] führen mußte.

Kelsen ist, trotz der monistisch-publizistischen Durchführung seiner Rechtslehre und trotz seiner antipsychologischen Einstellung, im Grunde doch Individualistisch, oder, besser gesagt, Subjektivist.[58] Da er Demokrat ist, glaubt er an die Selbständigkeit des Individuums. Deshalb findet m. E. sein Denken die Parallele von „Person" und dem vom Individualismus bevorzugten Begriff „Seele".[59] Als Individualist geht Kelsen von statischer Einstellung aus. Sein und Sollen bedeuten ihm unüberbrückbare Gegensätze, wenn er auch „Beziehungen" zwischen ihnen gelten läßt.[60] Andererseits hat er den Funktions-

51) Kant, zitiert bei Eucken, S. 44.
52) Vgl. Sauer, Archiv, S. 2; Binder, S. 185.
53) Wegner, S. 70.
54) Vgl. Kelsen, Staatsl., S. 6, 7; Seite 28 dieser Arbeit.
55) Sauer, Uebersicht, S. 15.
56) Vgl. Binder, S. 188; Handwörterbuch, S. 583; Beling, Revolution und Recht, S. 28, 29.
57) Smend, S. 4.
58) Walz, S. 36, 47.
59) Vgl. Staatsbegr., S. 238; Seite 10 dieser Arbeit.
60) Vgl. Staatsbegr., S. 84, 80.

begriff in die Rechtswissenschaft eingeführt.[61] Daher überwindet er m. E. das 19. Jahrhundert, kann aber aus seiner statischen Grundrichtung nicht heraus. In ihm vollzieht sich der Uebergang zur dynamischen Einstellung.

Dritter Abschnitt:

Die dynamische Rechtsbetrachtung.

7. Kapitel:

Der Begriff „Integration".

Im Gewande einer Rechtslehre taucht die dynamische Einstellung m. E. zuerst auf der vierten Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer auf. Dort trat der isolierenden logisch-juristischen Methode die „geisteswissenschaftliche" Richtung entgegen,[1] welche dann in Smends Buch „Verfassung und Verfassungsrecht" ihre theoretische Grundlegung erhielt. Smend baut auf den phänomenologischen Gedankengängen Litts auf.[2] Er geht von der Litt'schen Lehre aus, daß Individuum und Gemeinschaft und die Sinnzusammenhänge, z. B. das Recht, nicht als „isolierte Elemente", sondern als „Momente einer dialektischen Zusammenordnung", betrachtet werden sollten. So sei das „Ich" keine feste Größe. Es sei nur als „Gemeinschaftsglied" denkbar; d. h. es nehme auf den Geist anderer irgendwie Bezug. Auch die Kollektivitäten (Gruppen) seien keine „statisch daseiende Substanzen", vielmehr die einheitliche Zusammenfassung von Sinnerlebnissen der Einzelnen. Das geistige Leben komme im dauernden Werden der Einzelnen und zugleich der Gemeinschaft zum Vorschein; es sei „sozial verschränkt".[3] Für Smend gibt es keine ruhenden Pole. Geistige Erlebnisse bildeten das „dialektische Gefüge" des Ganzen.[4] Bei der Erfassung des Staates geht Smend im scharfen Gegensatz zu Kelsen vom Sozialen, vom Sein aus. Ihm ist der Staat doch ein Wirkliches: ein vom Recht normiertes Gruppengebilde, „das Einheitsgefüge der Einzelanteile an dem Gesamterlebnis", ein „Erlebniszusammenhang".[5] Allerdings lehnt er, wie Litt, eine

61) Vgl. Seite 28 dieser Arbeit.
1) Vgl. Holstein, S. 31; Tatarin-Tarnheyden, S. 3.
2) Smend, Vorbemerkung.
3) Smend, S. 6, 7, 18, 20; Seite 13 dieser Arbeit.
4) Smend, S. 8.
5) Smend, S. 13, 14, 17, 47.

kausale oder teleologische Ableitung des Staates ab.[6] Das staatliche Leben sei im Littschen Sinne nur als „geschlossener Kreis" zu begreifen, „wo jeder mit jedem in wesengestaltendem Zusammenhang" stehe.[7] Der Staat sei „gegeben", eine Tatsache. Seine Wesenheit bestehe im einem untrennbaren Ineinander von rationaler Ordnung, dem Normensystem, und der tatsächlichen Gruppenbildung, der tatsächlichen Beziehung von Mensch zu Mensch. Auch diese Gedanken stammen von Litt.[8] — Alles Leben, auch das geistige Leben, sei nichts Starres, sondern Bewegung, „die ihrem Werte nach Fortschritt und Entartung sein" könne.[9] So sei auch die Wirklichkeit der umfassenden Lebens- und Schicksalsgemeinschaft „Staat" ein dauernder Vorgang, eine stetige Selbsterneuerung. Den Vorgang selbst bezeichnet Smend als „Integration", d. h. einigender Zusammenschluß.[10] „Der Staat ist nur", meint Smend, „weil und sofern er sich dauernd integriert, in und aus den Einzelnen aufbaut — dieser dauernde Vorgang ist sein Wesen als geistig-soziale Wirklichkeit".[11]

Die geisteswissenschaftliche Forschung berge, wie Smend darlegt, zwei begrifflich zu trennende Fragestellungen in sich. Mit der Frage nach dem Tatsächlichen verbinde sich die dazu dialektisch zugeordnete Frage nach dem ideellen Sinngehalt des Tatsächlichen.[12] Smend scheint hierbei an Hegels richtige Auffassung, daß alles Geistige werthaft ist,[13] zu denken. Zum Verständnis der Smendschen Ausführung dient m. E. die Gegenüberstellung: Leben als Tatsache — Sinn des Lebens. Auch der Staat habe, dialektisch betrachtet, ein „aufgegebenes" und ein „gegebenes" Wesen. Ueberempirisch „aufgegeben" sei der Staat „als souveräner Willensverband und seine dauernde Integration zur Wirklichkeit als solcher". Empirische Betrachtung müsse aufzeigen, wie diese ständige Verwirklichung vor sich ginge.[14]

Smend gibt drei hauptsächlichste Typen an, die bei der Begründung der staatlichen Wirklichkeit hervortreten: die persönliche, die funktionelle und die sachliche Integration. Daneben

6) Smend, S. 9; vgl. Litt[1], S. 166, 181.
7) Smend, S. 13.
8) Vgl. Smend, S. 17 und Anm. 1, 21; Litt[1], S. 154, 155.
9) Smend, S. 16, 18.
10) a.a.O., S. 18, 17.
11) a.a.O., S. 20.
12) Vgl. a.a.O., S. 20, 21.
13) Vgl. Eucken, S. 196.
14) Vgl. Smend, S. 22.

setzt er als „selbstverständlich" die durch diese drei Typen hindurchgehenden sog. Strukturtypen voraus. Als Beispiele für letztere seien hier (aus dem Buche Smends) wiederholt: ein einmaliges, gemeinsames Schicksal: geographische Faktoren; die nationaler Sondertypen, z. B. die Bevorzugung theatralischer, rhetorischer Integrationswirkung bei den romanischen Völkern.[15] — Die persönliche Integration (Integration durch Personen) zeigt Smend durch Auseinandersetzung des Führerporblems. Zwischen Führern und Geführten bestehe ein Wechselverhältnis. Der Führer setze nicht die Geführten in Bewegung. Diese seien selbst geistig wirksam. Der Führer sei „Lebensform" der lebenden Gemeinschaft.[16] Auch mit diesem Gedanken folgt Smend den Wegen Litts. Litt hat bereits bemerkt, daß kein Monarch die „Wünsche aus dem Umkreis des Gesamtlebens" völlig außer acht lassen könne.[17] Die parlamentarische Kabinettsregierung, selbst die Bürokratie integrierten, wie Smend näher ausführt, das Staatsvolk zur staatlichen Einheit. Der Richter sei kein bloßer Urteilsautomat,[18] sondern er helfe, den Geist der Gesamtheit zu verwirklichen.[19] Der Monarch, der hervorragende Politiker, seien Verkörperungen, Symbole, Integrationen, „wie es Fahnen, Wappen, Nationalhymnen in mehr sachlichem und funktionellem Typus sind". Die Einheit „Staat" sei nichts Starres, Festes. Die festgewordene Form, das „Symbol", sei nur Ausdruck für das Dynamische, für das „sich immerfort erneuernde Erlebnis".[20] Diese Auffassung offenbart m. E. Smends geistige Verwandtschaft mit Cassirer. In seiner „Philosophie der symbolischen Formen" hat Cassirer vom „Verstehen" der Welt, das Symbole voraussetze, gesprochen. Erst im Sinngehalt der Symbole erschauten wir den Gegenstand, z. B. eine bestimmte geistige Gemeinschaft.[21] — Unter den „integrierenden Funktionen oder Verfahrensweisen" faßt Smend Vorgänge zusammen, „die irgend einen geistigen Gehalt gemeinsam machen oder das Erlebnis seiner Gemeinsamkeit verstärken wollen," d. h. solche Vorgänge, welche die Sinngehalte des Staates erneuern.[22] Die

15) Smend, S. 22, 23.
16) a.a.O., S. 26.
17) Litt[1], S. 168.
18) Das etwa behauptet Weber, S. 142.
19) Smend, S. 30, 27.
20) Vgl. Smend. S. 28.
21) Vgl. Falkenberg, S. 640.
22) Vgl. Smend, S. 33.

Vorgänge seien entweder sinnlicher Art und so symbolhafter Ausdruck für das geistige Geschehen oder geistiger Art. Ein demonstrierender Aufzug, eine marschierende Truppe symbolisierten z. B. die gemeinsame Ueberzeugung. Auch die „an der körperlichen Bewegung nicht unmittelbar Beteiligten" nähmen daran irgendwie (durch Lust- oder Unlustgefühle) teil.[23] Parlamente und deren Verhandlungen, Kabinettsbildungen, Wahlen dienten dem staatlichen Tätigwerden. Sie fänden ihre Rechtfertigung nicht darin, daß etwa Volksvertreter rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abgeben. Die technische Funktion des Volksvertreters sei erst das Sekundäre. In erster Linie müßten die Vorgänge als staatsverwirklichende Elemente betrachtet werden. „Es kommt für den letzten Sinn des Parlamentstaats nicht darauf an, ob das Parlament überhaupt Beschlüsse faßt und ob es insbesondere gute Beschlüsse faßt, sondern darauf, daß die parlamentarische Dialektik innerhalb des Parlaments und in dem miterlebenden Staatsvolk Gruppenbildung, Zusammenschluß, Bildung einer bestimmten politischen Gesamthaltung herbeiführt — ebenso wie das Wahlrecht zunächst parteibildend und dann mehrheitsbildend wirken, nicht lediglich einzelne Abgeordnete liefern soll."[24] Durch die Einordnung ins Ganze werde der Staat ständig erlebt. — Als dritten Typus staatsverwirklichender Elemente nennt Smend die sachliche Integration. Der Staat diene nicht als Mittel für die Verwirklichung außer ihm liegender Aufgaben und Zwecke. Er sei selber „Sinnverwirklichung".[25] Es sei daher fehlerhaft, von Staatsaufgaben und Staatszwecken zu sprechen, die vielmehr „als sachliches Moment des staatlichen Integrationsprozesses" aufzufassen seien.[26] Das Heer sei nicht „Veranstaltung" oder „technisches Mittel", sondern „Lebensform" des Staatsvolks. Auch das Machtvolle gehöre zum Wesen des Staates, zu seiner „Totalität".[27] Um integrierend zu wirken, um erlebt zu werden, müsse sich die unübersehbare Totalität eben im Einzelnen kundgeben.[28] Die Totalität Staat äußere sich in sachlichen Symbolen, wie „Fahnen, Wappen, Staatshäupter (die als Führer zugleich persönlich integrierend wirken),[29]

23) Vgl. a.a.O., S. 33.
24) Smend, S. 39, 38.
25) a.a.O., S. 45.
26) a.a.O., S. 51.
27) a.a.O., S. 46, 47.
28) a.a.O., S. 48; vgl. Bott: „Das Denken ist diskursiv, nicht gegenständlich". Seite 7 dieser Arbeit.
29) Zusatz des Verfassers.

politischen Zeremonien und nationalen Festen".[30] Freilich müsse dem Symbol ein Gehalt zugrunde liegen.[31] „Es gibt Nationalflaggen, die nicht das Symbol überwältigender Wertgemeinschaft sind und deren sinngemäße Integrationsfunktion deshalb ausbleibt."[32] Das Staatsgebiet wirke als politischer „Lebensraum" integrierend und sei als solcher der wichtigste Sachgehalt. Das staatliche Leben werde durch das Gebiet, dessen Beschaffenheit und Grenzen usw. bestimmt. Smend faßt das Staatsgebiet jedoch nicht verräumlichend als „Kausalfaktor des Staatslebens" auf, sondern als dialektisches Moment. Im Erlebnis „Staat" sei es als integrierender Bestandteil enthalten, z. B. „als Gegenstand der Verteidigung, der Erschließung, der Besiedlung, der Ausnutzung usw."[33] Das Staatsgebiet bilde noch einen zweiten Sachgehalt: „als anschauliche Zusammenfassung der Totalität des Wertbesitzes eines Staates und Volkes", d. h. als Symbol. Es integriere als „Heimat", „Vaterland". Deshalb bewirkten Gebietsänderungen „qualitative" Aenderungen des Staatsgebildes. Der Sinn des jahrtausendalten Zwistes um den Rhein liege nicht in der Grenzfrage, sondern in dem Ansehen „der Gesamtgestaltung des deutschen und des französischen Volkes".[34]

Smend folgert, daß die Staatsformenlehre eine Lehre von den geschichtlich wechselnden Typen der Integrationssysteme sei. Unsere traditionslose Zeit bevorzuge die funktionelle Integration. Doch sei der Parlamentarismus, die Staatsform des Liberalismus. in Wahrheit keine Staatsform, „weil auf funktionelle Integration allein kein Staat gegründet werden" könne.[35] Eine interessante Parallele zu dieser Ansicht ist die faschistische Auffassung, der liberale-demokratische Staat sei der Antistaat,[36] m. E. eine müßige Feststellung, wie noch zu zeigen sein wird. Bei der Gegenüberstellung zweier verschiedener Grundeinstellungen habe ich nicht mehr die Wahl zwischen „Richtigem" und „Falschem", sondern zwischen „Andersartigem".

Smend hält die Unterscheidung zwischen Staat und Recht aufrecht, wenn er andererseits auch die enge Verknüpfung aller Lebensgebiete betonte.[37] Auch das Recht sei ein Dy-

30) Smend, S. 48.
31) Smend, S. 48, Anm. 2.
32) Smend, S. 110.
33) Smend, S. 54, 55.
34) Smend, S. 55, 56, 66.
35) Smend, S. 58, 110, 112.
36) Vgl. Leibholz, S. 12.
37) Vgl. Smend, S. 98, 50.

namisches. Seine Wirklichkeit bestehe „in der immer erneuerten Erhebung einer positiven Rechtsordnung zu einer lebendigen geistigen Einheit durch Wissenschaft und Praxis".[38]

Den Ausdruck „Integration" hat Smend aus der Philosophie und Soziologie hergeholt,[39] aber als Bezeichnung für den „Kernvorgang des staatlichen Lebens"[40] eingeführt. Freilich hat er damit nicht viel Neues gesagt. M. E. findet sich seine Auffassung von der Wirklichkeit des Staates schon bei Litt. Dieser hat bereits hervorgehoben, daß staatliche Eigenart von dem Geiste abhängig sei, welcher die Beziehungen der in der umfassenden Gemeinschaft lebenden Menschen durchfließe, von diesem Geiste, der „durch das Wollen und Tun jedes einzelnen immer neu geschaffen" werde.[41] Noch deutlicher kommt die dynamische Staatsauffassung durch folgende Bemerkung Litts zum Vorschein: „Und darum gilt es vom Staat, — daß er sich im Denken seiner Glieder immer von neuem setzt, da ßder Geist, der in ihm waltet, sein eigenes Schicksal ist."[42]

Die Kritiker der Smendschen Lehre tadeln, daß Smend Staatsrecht und Politik verwische und dadurch die Jurisprudenz zur „politisierenden Scheinjurisprudenz" mache, daß seine andeutende Beschreibung das Begriffstechnische vernachlässige und daß Smend unbegreiflicherweise alle soziologische und teologische Methode ablehne.[43] Nun kann man zugeben, daß Smends „Versuch einer Verfassungstheorie"[44] noch ausbau- und verbesserungsfähig ist. Der absolute Staat ist nämlich mit der Smendschen Methode, wie Jerusalem richtig festgestellt hat, nicht zu erklären. Im absoluten Staat ist der Führer, das Staatshaupt, kein Symbol, vielmehr ein bevorzugter Genosse.[45] Smend hat jedoch das Staatsrecht aus der neukantischen Vereinsamung herausgebracht. Das ist sein Verdienst. Er hat gefühlt, daß bei einem Begreifen des Staates dessen politische und wirtschaftliche Verhältnisse einbezogen werden müssen. Deshalb spricht er von der ‚integrierenden Wirkung des politischen Führers und der faschistischen Wirtschaftsordnung.[46]

38) a.a.O., S. 57.
39) Vgl. Eisler, 1. Bd., S. 754, „Integration"; Smend, S. 19, Anm. 3.
40) Smend, S. 18.
41) Litt[1], S. 171.
42) Litt[1], S. 182.
43) Vgl. Tatarin-Tarnheyden, S. 11, 12, 20; a.a.O., S. 4, 12; a.a.O., S. 4; Sauer, Archiv S. 27, Anm. 22, Smend, S. 8.
44) Vgl. Smend, Vorbemerkung.
45) Vgl. Jerusalem, S. 185, 186.
46) Vgl. Smend, S. 31, 23 und Anm. 4.

Seine Meinung, Staatsrecht und Politik seien miteinander verbunden, wird heute von vielen geteilt.[47] So hat Triepel erklärt: „Das Staatsrecht hat ja im Grunde gar keinen anderen Gegenstand als das Politische."[48] — Vernachlässigung des Begrifflichen? Worin sollte diese liegen? Freilich, von der neukantischen Bevorzugung des rein Logischen hat Smend abgesehen. — Smends völlige Ablehnung der soziologischen und teleologischen Betrachtungsweise ist unverständlich. Tatarin-Tarnheyden hat bereits auf einige Unklarheiten des Smendschen Buches hingewiesen. Was versteht Smend z. B. unter der „Wertgesetzlichkeit des Geistes"?[49]

Sehr bemerkenswert ist Sauers Kritik. Sauer stellt zunächst die Aehnlichkeit seiner Auffassung mit der Smendschen Lehre fest. Auch er ist dynamisch, funktionell eingestellt. Die Wirklichkeit bedeutet ihm einen Zusammenhang von Kräften, „Wirkungen", nicht von festen Lagerungen.[50] Er behauptet jedoch, daß Smend „bei der von Litt vertretenen Integralmethode" stehengeblieben sei. Unter der „Integralmethode versteht Sauer eine unvollständige geisteswissenschaftliche Methode, die den Gesamtzusammenhang begreifen wolle, ohne ihn in einzelne Objekte zu zergliedern.[51] Der Wahrheitskern dieser Methode liege zwar in der phänomenologischen „Vorschau", dem intuitiven Erleben des Rechtsstoffes. Aber zur vollen Erkenntnis sei noch die genaue Analyse in Elemente notwendig, was Smend nur ungenau durchführe. Deshalb könne er nur „Andeutungen", eine „Skizze" geben.[52]

Sauer wirft Smend also vor, kein System geschaffen zu haben. Aber Smends Lehre wird m. E. nie System werden und kann es auch gar nicht. Sie will das Leben erfassen, das sich nicht in Systeme kleiden läßt. Sie ist vom Lebensgefühl beeinflußt, das es ablehnt, alles nach Denkgesetzen zu ordnen.[53]

Die dynamische Einstellung setzt sich allmählich durch. Eine dynamische Theorie von Staat und Nation verkündet z. B. auch Boehm.[54] Danach seien Staaten und Völker nichts Statisches, Seiendes, sondern „etwas unaufhörlich Werdendes und Vergehendes". Boehm meint allerdings, daß es an der Mög-

47) Vgl. Fehr, S. 83 f.
48) Zitiert bei Fehr, S. 84.
49) Tatarin-Tarnheyden, S. 4; vgl. Smend, S. 21, 25, 56.
50) Sauer, Archiv, S. 4, 36.
51) Sauer, Archiv, S. 7, Anm. 7.
52) Sauer, Archiv, S. 26, 27 und Anm. 22, 28; vgl. Smend, Vorbemerkung.
53) Vgl. Wegner, S. 39.
54) Vgl. Smend, S. 71, Anm. 1.

lichkeit fehle, Wirkungsvorgänge sprachlich klar wiederzugeben, z. B. „kurz und gemeinverständlich auszudrücken, in welchem Sinn ein Magyarone, also ein deutschstämmiger Ungar magyarischer Staats- und Kulturgesinnung, noch ein Deutscher, dabei ein Ungar und schon ein Magyare sei". Wir müßten aber wenigstens versuchen, die dynamische „politische Vorstellungswelt" begrifflich zu erfassen. Statische Begriffe seien dazu ungeeignet.[55]

8. Kapitel:

Ueber den Sinngehalt des Faschismus.

Die dynamische Betrachtung der Staatsformen wird dort, wo sie das Wesen einer aus dynamischer Einstellung hervorgegangenen Staatsform zu deuten hat, zu besonders sicheren Ergebnissen führen. Eine solche Staatsform zeigt der faschistische, italienische Staat. Der Faschismus hat die liberale Albertinische Verfassung von 1848 zum größten Teile aufrechterhalten und im neuen Sinne verwertet. Die normative Methode Kelsens und jeder Rechtspositimismus muß hier scheitern.[1] Wie kann man denn bei der Zugrundelegung ein und derselben Grundregel für zwei sich widersprechende Rechtsordnungen noch von einer Ursprungsnorm reden? Ist hier noch eine rationalistische Prüfung des Gesetzeswortlautes angebracht? — Die dynamische Rechtslehre sieht dagegen in der Verfassungsurkunde die bloße äußere Form des sich immerfort erneuernden Verfassungslebens. Die Niederschrift soll sachlich integrieren und damit einen politischen Zustand legalisieren.[2] „Die Tat war vor der Lehre da," sind Mussolinis faustisch klingende Worte.[3] Weil jedoch der Faschismus die integrierende Wirkung der Sachgehalte schätzt, unterbaut er die tatsächlich geschaffener Zustände durch Rechtssätze. Der faschistische Staat, der kein Rechtsstaat ist, zeigt deshalb wenigstens „rechtsstaatliches Gepräge".[4]

Das faschistische Recht kennt auch die Smendsche Bezeichnung „Integration". Sie ist im ersten Abschnitt der Carta del Lavoro (veröffentlicht am 30. IV. 1927) enthalten, in der Stelle: „Die italienische Nation ist ein Organismus, der Ziele,

55) Vgl. Boehm, S. 7, 8.
1) Vgl. Leibholz, S. 7; Smend, S. 80.
2) Smend, S. 52, 80.
3) Vgl. Leibholz, S. 10.
4) Vgl. Leibholz, S. 19.

Leben und Aktionsmittel besitzt, die machtvoller und dauerhafter sind, als die der einzelnen oder in Gruppen vereinigten Individuen, aus denen die Nation sich zusammensetzt. Sie ist eine moralische, ethische und ökonomische Einheit, die sich im faschistischen Staate immer wieder neu (integralmente) realisiert."[5] — Die Carta del Lavoro ist zwar kein Gesetz, enthält aber die das soziale und wirtschaftliche Leben des neuen Italiens bestimmenden Grundsätze.[6]

Eine rationalistische, technische, statische Betrachtung der positiven Rechtsordnung kann den Sinn faschistischer Staats- und Rechtseinrichtungen nicht erfassen. Schon Smend hat darauf hingewiesen, daß gerade hier die Durchführung der geisteswissenschaftlichen Methode reiche Ausbeute erwarten läßt.[7] Leibholz ist diesem Rate gefolgt.

Die faschistische Staatstheorie hat die Polarität Individuum — Gemeinschaft überwunden. Der Staat ist für sie eine „endgültige historische Realität".[8] Er sei aber nichts Starres, Ruhendes, Mechanisches, verwirkliche sich vielmehr dauernd neu. Er sei eine Sinneinheit, eine geistige Schöpfung.[9] In der umfassenden Totalität, der Vielheit „Staat" gingen alle Lebensgebiete, wie Recht, Wirtschaft usw. auf.[10] Diese Auffassung liegt den Worten Mussolinis zugrunde: „Alles für den Staat, nichts außerhalb des Staates, nichts gegen den Staat."

Im faschistischen Staat ist das Individuum mit dem Ganzen unmittelbar verknüpft „durch Korporativismus, Militarismus, Mythus und ungezählte andere Techniken". Der Zeitungslektüre und dem heimlichen Wählen wird geringere Integrationskraft zugemessen.[11] Aus der Staatsauffassung des Faschismus folgt seine Abneigung gegen Liberalismus und Sozialismus.[12] Der faschistische Begriff individueller Freiheit ist positiv gestaltet.[13] Freiheit und Zwang bilden keinen unaufhebbaren Gegensatz mehr. Freilich ist dieser Uebergang zum positiven Freiheitsbegriff nicht bloß der faschistischen Geistesströmung eigen. So hat auch der sonst mechanistisch eingestellte Thomas Mann

5) Zitiert bei Leibholz, S. 12, 100.
6) Sanctis, S. 121 und Anm. 1, S. 122.
7) Smend, S. 23, 24.
8) Leibholz, S. 12.
9) Leibholz, S. 41, 12; vgl. dazu die Smendsche Bezeichnung „Erlebniszusammenhang", Seite 31 dieser Arbeit.
10) Leibholz, S. 14; vgl. auch Bott, S. 105, 127.
11) Smend, S. 42, vgl. S. 41, 37, Anm. 4.
12) Leibholz, S. 10, 15, 18.
13) Leibholz, S. 12 dieser Arbeit.

ausgesprochen: „Aber nach Demokratie zu rufen und gegen allen Patriotismus, alles Nationalgefühl vornehm zu tun, das hat keine Folgerichtigkeit. — Freiheit und Vaterland, das gehört zusammen."[14] — An die Stelle der liberalen Trias: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit! ist eine andere — nicht gegensätzliche — getreten: Verantwortlichkeit, Hierarchie, Disziplin![15]

Leibholz hat in seiner Schrift „Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts" die umfassende Integration des faschistischen Staates aufgezeigt. — Der Führer, das ist der Repräsentant des Staates, integriert. Er muß sich „immer von neuem" als Symbol bewähren.[16] Das bedeutet eine völlige Abweichung von der statischen Betrachtungsweise, die m. E. gerade deshalb der faschistischen Regierungsform nicht gerecht wird. Man lese doch nur den politischen Teil der deutschen Tageszeitungen aller Richtungen! Mussolini, der Autokrat, der Diktator, welcher die „gute" oder „schlechte" Staatsform eingeführt hat! Oder, wie es im Berliner Tageblatt vom 9. Dezember 1928 so mechanistisch lautet: Mussolini, der menschliche Motor! Nach dynamischer Einstellung ist Mussolini aber nicht in erster Linie Diktator. Das ist erst das Sekundäre, seine technische Funktion. Er ist „Symbol". — Die funktionelle Integration zeigt sich in der Gliederung des faschistischen Staatssystems, in der Bildung eines einheitlichen Gemeinschaftswillens, in der Diktatur.[17] Der Faschismus führt auch für das politische Leben das Prinzip der Arbeitsteilung durch. Jeder soll möglichst nach seinen Fähigkeiten beschäftigt werden; das Beste aber, nicht die Menge, soll herrschen.[18] Es gibt keine räumlichen Lagen, „Klassen", mehr. Die Gliederung des Staates ist korporativ, berufsständisch. „Gesetzlich anerkannte" Berufsvereine stellen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einander gleich. Die Wirtschaftsordnung ist in allen Teilen zellenartig aufgebaut. Es gibt kein Gegeneinander, — nur ein Ineinanderwirken. „Der Faschismus will Leben sein." Die sozialen und wirtschaftlichen Koalitionen beleben Industrie und Gewerbe. Sie integrieren.[19] — Sachlich integrierend wirken z. B. der

14) Th. Mann, S. 217; vgl. dagegen S. 269; Staat als „dienende Maschine".
15) Vgl. Leibholz, S. 56, Anm. 81.
16) a.a.O., S. 23.
17) Leibholz, S. 14, 22.
18) Vgl. Leibholz, S. 35; Bott, S. 158; Spann, S. 108.
19) Sanctis, S. 3, 121 — besonders Carta del Lavoro, § 6 —, 122; Leibholz, S. 15, 41; Bernhard, S. 93.

Marsch auf Rom und das Königtum. Ersterer veranschaulicht als „repräsentativer Vorgang" den „Sinngehalt" faschistischer Politik.[20] Das Königtum symbolisiert die Stetigkeit der Verfassung.[21] Neben diesen sinnlichen Integrationen[22] haben zwei weitere Sachgehalte Integrationswirkung: Die Staatsmetaphysik der Nationalisten und die römische Tradition.[23]

Durch den Faschismus wird meines Wissens zum ersten Mal in der Geschichte ein Staatswesen aus dynamischer Einstellung heraus gestaltet. Der faschistische Staat ist Bahnbereiter für die Staaten der Zukunft, die m. E. nicht notwendig das bloß technische Gepräge der Diktatur aufweisen müssen. Gerade der Italiener ist dazu geeignet, eine solche Schöpfung hervorzubringen. Sein Wesen zieht das intuitive Erleben dem Nationalen vor.[24]

9. Kapitel:

Der dynamische Rechtsbegriff und die Bedeutung dynamischer Einstellung für die Rechtspraxis.

Spengler stellt dem antiken, statischen echte das moderne, dynamische Recht gegenüber, das zum weitaus größten Teile noch geschaffen werden müsse. In diesem Sinne hat auch Fehr von einer dynamischen Wirklichkeit gesprochen, für welche das statische Recht nicht mehr passe. Beide, Spengler und Fehr, haben erkannt, daß unsere Zeit ein Recht von Funktionen, von Wirkungen braucht. Vermögen und Kredit, Unternehmergeist und Arbeitskraft, körperliche und künstlerische Energie usw., — diese dynamischen Begriffe herrschen im wirklichen Leben. Die alten, statisch-verräumlichenden Buchbegriffe: körperliche Person und Sache und ihre Beziehungen können unsere neue Lebensform nicht deuten.[1] — „Vermögen ist," so führt Fehr aus, „die Summe jener Aktien, Obligationen, Dividendenpapiere, Zinsscheine, Wechsel, Gutschriften usw., deren Wert nicht in einem Körper haften, sondern in einem Funktionalen besteht. Das Körperhafte, das Stück Papier ist wertlos. Nicht im Sein, nein, in der Wirkung, die sich täglich und stündlich verändern kann, liegt alles."[2] Aber auch das Eigentum faßt

20) Smend, S. 48, 49.
21) Leibholz, S. 25.
22) Vgl. Smend, S. 33; Leibholz, S. 25.
23) Leibholz, S. 11, 19.
24) Vgl. a.a.O., S. 10.
1) Vgl. Spengler, II., S. 78, 93, 96, 97; Fehr, S. 100, 105.
2) Fehr, S. 105.

Fehr dynamisch auf, nämlich „als eine soziale Funktion dessen, der Vermögen innehat." Auf die Wirkung, nicht auf das Bestehen des Eigentums komme es an.[3] — Auf diese m. E. ins Gebeit der Rechtsdogmatik gehörenden Ausführungen kann in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Auch sei nochmals ausdrücklich betont, daß im positiven Recht nur Ansätze der dynamischen Einstellung zu bemerken sind! Gesetze sollen eben nicht gleich dem Neuen den Platz einräumen. Ich meine deshalb, daß die Gegenwart für Botts Versuch, schon jetzt einen allgemeinen dynamischen, (nach der Bottschen Terminologie: funktionalen) Rechtsbegriff aufzustellen,[4] noch nicht reif ist. Nur soviel glaube ich voraussagen zu dürfen: weil die dynnamische Einstellung im Sein zugleich dessen Bedeutung erfaßt,[5] wie die Stammlersche Gegenüberstellung von Rechtsbegriff und Rechtsidee[6] nicht mehr als zwiefache Fragestellung, sondern als bloße logische Unterscheidung empfunden werden. Das will sagen: mit dem dynamischen Rechtsbegriff ist die Rechtsidee unlösbar verknüpft. Recht „bedeutet", es wird erlebt. Der dynamisch eingestellte Mensch hat „ein tieferes Recht als das dem klügelnden Verstande spürbare".[7]

Von der dynamischen Rechtsauffassung geht auch Bendix aus. Ihm ist das Recht, die „dynamische Auseinandersetzung widerstrebender Kräfte und entgegengesetzter Interessen und Weltanschauungen".[8] Er zieht daraus höchst wichtige Folgerungen für die Rechtspraxis. Im Gegensatz zu Smend verknüpft er kausalwissenschaftlich, psychologisch. Er fragt: Warum urteilt der Richter so oder so? und gibt darauf folgende Antwort: Die Lösung eines Rechtsstreites werde zuerst irrational aus der Weltanschauung heraus gefunden. Die rationale Herleitung aus einem bestimmten Rechtssatz finde erst hinterher statt.[9] D. h.: für die richterliche Lösung von Rechtsstreitigkeiten seien „alle bewußten und unbewußten, nicht logischjuristisch faßbaren, nicht rationalen, inneren Antriebe, Beweggründe, Anschauungen, Eindrücke, der bei der Rechtsanwendung aktiv beteiligten Personen, insbesondere des Richters," ausschlaggebend.[10] Die

3) a.a.O., S. 115, 118.
4) Vgl. Bott, S. 36, 123, 125.
5) Vgl. Seite 8 dieser Arbeit.
6) Stammler², S. 2, 3 und Anm. 4.
7) Wegner, Jugendrecht, S. 214.
8) Bendix, Heft 3, S. 14.
9) Bendix, S. 10; vgl. den ähnlichen Standpunkt Wegners, S. 49, Anm. 1.
10) Bendix, S. 9.

Rechtssätze dienten nur als Richtlinien, nicht als ausschließliche Maßregeln.[11] Dem Gefühl, dem Intuitiven, dem Irrationalen komme bei der Rechtsanwendung ein größerer Einfluß zu, als man gewöhnlich annehme. Der Sinn des § 11 Abs. I des Arbeitsgerichtsgesetzes, nach dem Rechtsanwälte vor dem Arbeitsgericht nicht als Prozeßvertreter auftreten dürfen, beruhe auf dieser dynamisch-irrationalen Einstellung. „Die schwächere Partei der Arbeitnehmer" fühle sich durch diese besondere Art der Prozeßvertretung gesichert.[12] Auch die Bevorzugung der Vergleichstätigkeit im arbeitsgerichtlichen Verfahren sei aus der starken Betonung des Gefühls zu erklären.[13]

Aus den Ausführungen von Bendix soll der praktische Jurist m. E. die Weisung entnehmen:

Erkenne, daß auch die Rechtsanwendung von der gegenwärtigen Kulturbewegung beeinflußt wird! Erfasse den Zusammenhang, die Vielheit des Lebens! Du wirst dadurch besser wirken können, als durch die bloße Anwendung schablonenhafter Rechtsformeln. Leben bedeutet Vielheit, Recht bedeutet Leben!

11) Bendix, S. 10; vgl. Bott, S. 36.
12) Bendix, S. 10.
13) Bendix, Heft 3, Seite 14.

Lebenslauf.

Ich, Paul Baender, bin am 22. März 1905 als Sohn des Kaufmanns Ferdinand Baender und seiner verstorbenen Ehefrau Frieda, geb. Benger, in Kattowitz geboren. Ich besuchte zunächst die Oberrealschule in Kattowitz, wurde dann einige Male umgeschult und bestand Ostern 1924 auf der Oberrealschule in Hirschberg i. Rsgb. die Reifeprüfung. Hierauf studierte ich an den Universitäten Breslau (1., 5., 6. Semester), München (2. und 3. Semester) und Berlin (4. Semester) die Rechtswissenschaft. Am 7. und 8. Februar 1928 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Das Rigorosum bestand ich am 5. Juni 1928 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau. Zur Zeit bin ich dem Landgericht Breslau als Referendar zur Ausbildung überwiesen.